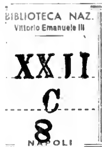

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXII
C
8
NAPOLI

ARNOLDI
VINNII JC.
In Quatuor Libros
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
Academicus, & Forensis.

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Praefationem Notulasque adjecit.

TOMUS SECUNDUS.

VENETIIS, MDCCXL.
Ex Typographia Balleoniana.
SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.

ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 55. & 58. N. 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirendâ disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis, propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire verò nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus solùm tractavit, cujus semper prior & potior causa est, *l. 39. de acquir. hered. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quàm ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *l. lege, 130. de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediatè & proximè deferuntur à lege, & à lege sola absque voluntate defuncti: cùm testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam à testatore confirmet dumtaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. l. in plurium. 70. l. illud. 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de suis & legit. hær.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco: deinde de successione libertorum, & demum *tit.* 8. Hoc autem titulo solùm agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa successionis legitimæ prima semper ratio habita. Cùm autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem intestati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui sc. hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & fœminis descendentium tolli-

tur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit *Nov. 118.* in unoquoque ordine succedentium, suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patriis, post explicationem tituli *de success. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est; aut si ex eo nemo heres extiterit.

NOTÆ.

Intestatus decedit] Ex Ulpian. *l. 1. de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediatè à lege deferuntur, *l. 130. de verb. signific.* Impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licet minus propriè refertur, *d. l. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertineat?*
2 *Appellatione rupti quid hîc significetur?*
3 *Quando successioni ab intestato locus testamento irrito facto?*
4 *De testamento destituto.*

1 DEscriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l. 1. pr. de suis & legit.* Ait, *qui autem omnino testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse, atque intestato mortuus esse dicitur non solùm is, qui non fecit testamentum, cùm facere potuerit: verùm etiam is, qui cùm civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *d. l. 3. in pr.* quamvis, si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi propriè dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cùm duo tantùm genera successionum jus civile agnoscat, ex testamento, & ab intestato; cui synonyma ex lege, & impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habeant; vox *intestatus*, ut forte minus propriè, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, sed pro negatione, quæ à Philosophis *negans* dicitur. Adde, quod tamen si ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successionum impuberum ab intestato mentio est in *l. 4. §. 3. qui pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel singulis 37. de vulg. & pup. l. 6. C. ad Tertyll. l. 10. C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non est, quin rectè sentiant, qui cum Bart. in *d. l. 1. de suis & legit.* statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib. 3. de hæred. quæ ab int. c. 4.*

Non jure fecit] Puto quod legitimum numerum testium non adhibuerit, aliasve solennitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit; aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exhæredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

Ruptum] Rumpi testamentum propriè dicitur, cùm testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiatur, *§. 1. sup. quib. mod. test. inf.* Ex duobus verò modis, quibus testamentum rumpi docemur, *l. 1. de injust. rupt. test. & d. §. 1 cum seq.* unus tantùm huc pertinet, agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris, aliud testamentum postea facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Planè mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti inciderit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum eum facit, *tit. de his quæ in test. del. l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext. l. pen. C. de test.* Rescissio quoque testamento per querelam inofficiosi patrisfam. intestatus fit: ac retroversus perinde omnia habenda, ac si hæreditas numquam adita esset, *l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. de inoff. test. l. ne liberis. 17. C. de collat.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, *d. l. ut liberis. 17.* De quo fortassis alibi diligentius. 2

Irritumve factum] Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatum est, quo modo fere accipi solet, cùm opponitur testamento rupto, *§. 4. & 5. sup. quib. mod. test. inf. l. 12. de injust. rupt.* non video, quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam capitis deminutione testatoris, qualiscumque ea sit, non tantùm irritum fit testamentum, quod antea factum est; sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus, atque ita decesserint non condito novo testamento; ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio. Nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convaluit, *l. 6. §. pen. de injust. rupt.* itemque sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen. § 2. de bon. poss. sec. tab.* ut proinde, si verba, ut dictum est, strictè accipimus, unus tantùm casus relinquatur, qui huc accommodari possit, ii is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sanè causam 3

sam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quàm locutus est Ulp. in *d.l.t. de suis & leg. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *sup. quib. mod. test. inf. l. 9. de testam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l. 64. de verbor. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, §. 7 & 8. *inf. eod.* §. 2.
4 *sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injust. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. test.* & tamen ab irrito strictius accepto vocabulo distinguitur in *d. l. 1. de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in §. *cum autem. 7. inf. eod.* & §. *proximus. 6. tit. seq.*

TEXTUS.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

1 Non reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, *arg. §. 2. sup. de hær. qual. & diff. l. 3. C. de suis & leg. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit. 26.* in hæc verba: *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrifam. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis à Pomponio in *l. 120. de verb. sign. Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius à Cic. *lib. 2. de invent.* & Cornificio *lib. 1. Rhetor. ad Herenn.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, apertè ostendunt, proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredis primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes duntaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicetur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. *ad LL. 12. Tabb. tab. 5. p. 204. sequ.* Cæterum fundamentum totius successionis legitimæ à decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hæreditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi; quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est, quod hæreditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS, quasi quæ soli defuncti genti deberentur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. *ibid. p. 204.* Conf. omnino Ill. Bynkersh. *Obs. lib. 11. c. 1.* HEIN.

TEXTUS.

Qui sint sui hæredes.

2. *Sui autem heredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum Divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in*

potestate parentis, esse, sive morte id acciderit; sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo patre nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.

NOTÆ.

2. *Divalium constitutionum*] *l.* 3. *l.* 4. *C. de nat. lib.* add. *Nov.* 89. *c.* 2.

Nostræ amplexæ constitutiones] *l.* 10. *l.* 11. *C. de nat. lib.* §. *ultim. sup. de nupt.* add. *Nov.* 74. *Nov.* 86. *cap.* 8 Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *dict. Nov.* 89. *cap.* 9.

Posthumi, &c. in potestate ejus] Addendum, si nemo eos gradu præcedat, §. *pen. sup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1 *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur?*

2 *Cessare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus est; sed planus: continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maximè in §. *ult. sup. de nupt.* §. 2. *de exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Sui hæredes ita à nobis *d.* § 2. *de hær. qual.* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, junct. §. 7 *inf. eod. l.* 6. *de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptisve] Ordo est, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*: hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, *l. familiæ.* 196. §. 1. *de verb. sign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est dicendi.

Nec interest, utrum naturales sint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cùm opponuntur adoptivis, docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, qua naturales, non veteri solùm jure, *l.* 1. §. 2. *de suis & legit.* sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptati sunt ab extraneo, *l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Sed de horum successione plura *inf.* §. 13. & 14.

Quibus connumerari, &c.] Recenset hìc duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel antecessorum Principum constitutionibus: si curiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta; & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris, *d.* §. *ult. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, *Nov.* 74. & 89. revise, quæ *supr. ad d.* §. *ult.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti] Cum constitutio Justiniani in *l.* 10. *C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, strictè à nonnullis accepta esset, quasi eo tantùm casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent, superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant; Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expressè jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati forent, aut nati ex hac luce sublati. Extat constitutio in *l.* 11. *C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendosè legi textum, qui claudit *d.* §. *ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitimè nati sunt, exclusis 1
omnibus legitimatis, *lib.* 3. *Feud. tit.* 26. *vers. naturales*. Vult. 1. *feud.* 9. Sonsbec. *de feud. lib.* 1. *pag.* 9. *n* 72. Hotoman. *ad d. vers. naturales.* quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post Andr. de Isernia *in d. vers. naturales*. Curt. *tract. feud. part.* 1. 2. *memb.* 3. *part. princ. num.* 41. Zas. *de feud. part.* 8. D. Tulden. *comm. hic cap.* 13. quo jure etiam nos utimur. Neostad. *cap.* 5. *de feud. Holl. success. n.* 79 Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, Curt. *d. loc. n.* 39. Zas. *ibid.* Borcholt. *de feud. cap.* 7. Sed de hoc item dictum sub §. *ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve] Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit; in persona tamen nepotis & cæterorum descendentium sæpe contingit, ut in potestate sint ascendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub §. 2. *de exhær. lib.* & §. 2. *de hær. qual.* Disertè autem locutus est de nepotibus

tibus & neptibus ex filio, omissis consulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agnatos admissi, *§. ult. inf. eod.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione, veluti emancipatione] Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verùm filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus sit
2 edicto *de coniug. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de potestate patria exemit: quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus, *Nov. 81. c. 2.*

Posthumi quoque] Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, *§. penul. supr. de tutel.* sicut & in aliis fere omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. homin.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhær. lib. & §. posthumo. 26. de legat.*

Textus.

Quomodo sui hæredes fiunt.

3. *Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cùm etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas: nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.*

Notæ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipso jure, *l. 14. de suis & legit.* fac. *l. 1. §. 7. si quis om. ca. test.* cujus rei effectum cernere est in *l. 3. C. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abstinendi habent, *§. 2. sup. de hær. qual.*

Continuatur dominium] *l. 11. de lib. & posthum.* vid. *sup. d. §. 2 de hær. qual.* non tamen possessio, *l. 23. de acq. poss.* facit *l. 19. ex quibus ca. maj.*

Commentarius.

1 *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuetur?*

Hoc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt *§. 2. de hæred. qual.* Ait *ignorantes*. Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredes fiunt: & ideo non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *l. 14. de suis & legit. hæred.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes, atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscumque hæredes transmittit, *l. 3. Cod. de jur. delib.* Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *d. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *d. §. 2.* & tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud; non est sine hærede, qui suum hæredem habet, licet abstinentem se, *l. cum quasi. 30. §. sed etsi. 10. de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d. §. 2.* quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi] *l. furiosus. 63. de acqu. hær. l. ult. §. 2. C. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l. 12. de reb. cred. l. 24. de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. *apud Ruffinum tit. de legit. success.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hæreditas, quàm dominium continuatur, *l. 11. de lib. & posth.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suus hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, tunc plenius habere incipiat, *d. l. 11. d. §. 2. de hær. qual.* eùmque ipso mortis momento statim hæres existat, *l. 7. §. qui sunt. 7. si quis. om. ca. test.* jacere hæreditas numquam diei potest: pulcherrimè Hotom. *9. observ. 10.* Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio suis hæ- 1
redibus continuatur: quoniam possessio, cùm facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l. 1. §. 3. l. 3. §. 1, l. 8. de acq. poss. l. 19. ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *l. cum hæredes. 23. de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem verò non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet quàm ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari, valde absurdum est. Immo eamdem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles. 30. ex quibus ca. maj.* apud Paulum scri-

ptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem: de effectu enim usucapiendi loquitur: quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est. *l. 25. de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio nunquam interrupta videatur, *l. nunquam. 31. §. penult. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *l. cæptam. 40. de usuc.* Illud nimis jejunum est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *l. à Titio. 64. de furt. l. 19. §. 1. quemad. serv. am.* add. Vigl. *ad d. §. 2. de hær. qual.* Gail. 2. *obs.* 129. Mynsin. 3. *observ.* 38. Anton. Fab. *C. suo de inoff. testam. defin.* 4. Christin. *vol.* 2. *decis.* 26. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif.* Tiraquel. *in isto tractat.* Chassan. *de success. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur possessio ad hæredes non transeat, redditur in *l. 1. §. 15. ff. si quis testam. liber. esse juss.* quia videlicet ea tantum, quæ hæreditatis sunt, in hæredem transfunduntur: possessio autem hæreditatis esse negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur: quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum.* 49 *de acquir. hæredit.* etiamsi perspicuè lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l. 9 §. 3. de auct. tut.* §. 1. *supra eodem tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *leg. servo.* 65. §. 3. *ad senat. Trebel. leg.* 18. *Cod. de jur. deliber.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso] Immo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cùm per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Planè potest, si velit bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, *leg.* 1. *de bon. poss. fur.* immo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. *Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti efficitur; veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit] Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus; nulla hic exceptio est: nam cùm postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse; secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verùm Imperator excipiendo spectavit rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæreditati obligatur: quamvis suus hæres dici non possit (ut ait Jurisconsultus, *l. 12. qui test. fac.*) qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ fingit, captum ipso momento captivitatis mortuum, & in civitate.

Jus enim postliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. Cod. de postlim. rev.* sed abusio est nominum legis Corneliæ pro juris postliminii; nisi sit ἀνδρεῖα μιμητικῶς.

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus hæres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum hæredem esse, sed desinere.*

COMMENTARIUS.

Casus superiori contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l. 1. §. 3. de suis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius suus hæres excluditur, fisco prælato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam.* Basil. 45. *tit.* 1. ἐπὶ τῶν ...

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio cœpta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina

mina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accus. mort.* Quid intersit inter crimen majestatis & perduellionis, demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quàm persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus repetundarum, de residuis, *l. ex judiciorum. 20. de accus. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam, quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem esse, sed desinere] Patre mortis suæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse, cùm, ut dictum est, statim à tempore mortis hæreditas suis hæredibus acquiratur: sed quia tempus sententiæ & secutæ postea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit, ut jus suitatis extinguatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, & jam à die contracti criminis desiisset esse in potestate, *arg. l. 15. l. donationes. 31. §. ult. de donat. l. ultim. ad leg. Jul. maj.*

TEXTUS.

De divisione hæreditatis inter suos hæredes.

6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, ne cui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere?*
2 *Successionis in stirpes jure veteri usum tantùm inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3 *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa?*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5 *Illustratur aliis quibusdam exemplis.*
6 *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam erciscī.*

Locus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Cajo *lib. 3. Instit.* apud Rufin. *tit. de legit. success.* Omnis ab intestato 1 successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, κατὰ κεφαλὰς succedi dicitur, cùm in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium; in stirpes, κατὰ ῥίζας, cùm pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantùm, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cùm veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. Et succes- 2 sionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantùm eosque descendentium solos usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l. 1. §. 4. de suis & legit. hæred. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. testam.* Ulpian. *tit. 26. §. 1.* Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 1.* Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quàm quod filiifam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l. 11. de lib. & posth. §. 2. sup. de hær. qual.* & jam hæredes ἐν ὀνόματι: quodque hinc filio è familia patris sublato, statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per patrem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur quàm parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, *d. l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. test. d. l. 2. C. de suis & legit. lib.* Cæterum postquam exemplum suorum hæredum matris 3 etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione

sione parentum exæquata, placuit & hic quoque eamdem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, *§. ult. sub fin. l. 3. C. de suis & leg. lib. Nov. 118. cap. 1.* In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. *cap.* 3.

4 *Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit*] Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *l. 3. C. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item ratione si fit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l. 1. §. liberos. 7. de conjug. cum emanc. lib. Nov. 118. c. 1.* Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quàm exemplis, quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est interpretum nostrorum sententia, vid. Gomez. *1. var. resol. cap. 1. n. 15.* Schrad. *de feud. part. 7. cap. 5. n. 41.*

5 *In parentis sui locum succedere*] Ratio successionis in stirpes: quæ modò à nobis fusè explicata est. Ait, *ex altero filio duo pluresve*: quare & si unus tantùm sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quàm nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quàm nepotes in locum parentum succedere, *l. 1. §. non minus. 6. de suis & leg. l.*

6 *Item si ex duobus filii nepotes*] Exemplum simplicis successionis in stirpes, cùm soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licèt enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur; tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l. 2. C. de suis & legit. hæred.* Quare sic in universum rectè definies, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

TEXTUS.

Quo tempore suitas spectatur.

7. *Cum autem quæritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus heres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.*

NOTÆ.

7. *Destituto testamento*] Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l. 1. de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo suus hæres] Nec obstat, quod filius patri superstes fuit; quia filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato *d. l. 1. § 8. de suis & leg.* junct. *l. 39. de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1 & 3. *Quando quæstioni propositæ locus?*
2 *Plura exempla huc pertinentia.*
4 *Removentur quæ hic objici posse videntur.*

ETsi certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantùm, an etiam aliàs delatæ ab intestato hæreditatis? Enimverò hæc quæstio locum habere non potest, cùm nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non separari: ac ne tunc quidem, cùm testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: 1
nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum

habet

habet in casu testamenti destituti, hoc est, cùm in irritum constituitur testamentum, quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cùm enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, *l. quamdiu. 39. de acq. hær.* hic jam tractationi propositæ locus fit, utrum cum quæritur, an ut quis tamquam suus hæres succedere possit, inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato deferri seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse, neminemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l. 1. §. sciendum. 8. de suis & leg. l. 6. in pr. vers. plane. de injust. rupt. l. 7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfam. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exhæredati mortem contingat institutum hæredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulp. *d. l. 1. §. sciendum. 8. de suis & leg.* &
2 Papin. *d. l. 7. unde liber.* Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, extraneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulp. *d. l. 1. §. sciendum. 8.* etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successionis hujus quæstionis usus est, cùm disputatur, quo tempore spectanda proximitas, *§. proximus. 6. seq. tit.*

Quod accidit & destituto testamento] Id est, cùm ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfam. tam intestatum facit, quàm si aut nullo facto testamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato decessisset; *sup. in pr. eod. d. l. 1. de suis & leg. hær. l. 1. de injust. rupt. test.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo] Ait *exhæredatus*; nam
3 ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exhæredatum eum nominatim esse oportet, *l. propen. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante forte hærede instituto, *d. l. 1. §. sciendum. 8. de suis & leg. hær. d. l. 7. unde liberi.* Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *l. filium. 10. de bonor. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & rectè, alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi: *Vid.* nostra ad *§. non solum. 4. sup. de pup. subst.*

Aut quia non potuit] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cùm sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo, manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existit] Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas: quæ ratio redditur in *d. l. 1. §. sciendum. 8. de suis & legit.* significatur in *l. 6. pr. vers. plane de injust. rupt. & d. l. 7. unde lib.* ac simul removet, quod objici posset, quamquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d. l. 1. §. sciendum. 8.* An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fusè tractatur à Bart. Bald. Salic. Castr. *in l. 3. C. unde liberi.* 4

TEXTUS.

De nato post mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Planè si conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis pátrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat?*
2 *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare?*
3 *De adoptato à filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto, & nato post mortem avi.*

Post mortem avi natus, tamen vivo conceptus.] 1
Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quamdam continens ampliationem: nempe si quis filio exhæredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cùm de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *l. 7. l. pen. de stat. hom. l. 7. de suis & legit.* placet, hunc nepotem, licet natum post

post avi mortem, non minus quàm si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare nepoti filium, quàm in casu præcedenti, propter eamdem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur verò hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Jurisconsultus in *l.6. pr. vers. planè. de injust. rupt.*

2 *Planè si & conceptus & natus*] Quod dictum est *§. præc.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cùm tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l. 1. §. sciendum. 8. de suis & leg.* de nepote verò concepto post avi mortem ait, nunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem, quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissimè traditum. Sed de eo videbimus postea.

3 *Quem filius emancipatus adoptavit*] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l. 26. de adopt.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantùm, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l.23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato, non posse adoptivum illum vel tamquam suum vel tamquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cùm non sint sui] Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem esse, nedum liberos. Sed non placet omnia ista scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur verò vox ista retineri non possit? Per occasionem dumtaxat, ut probet, suos non esse, ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex professo de suis hæredibus instituta est, ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

Quantum ad hæreditatem] Rectè quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, caussis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur: & sunt sanè sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt, *l. 1. §. pen. de suis & leg.* Quod succedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus. 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusim acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. D. Tuld. *comm. hic cap. 4.*

Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati] Sicut is, qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tamquam suus hæres, ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo est conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. planè. de injust. rupt. l. 1. §. si quis. 8. unde cogn.* Quare quod dictum supra est, nepotem qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, statim jus succedendi habuisset; quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod verò nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, id Julianus scribit non propriè, sed per abusionem, vel potius ἀνομοίως accidere, *l. 8. de suis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere, ex *Nov. 118. c. 1.* sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus Joan. Fab. & Angel. *hic.* Sanè *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote, qua tantùm tollitur differentia sexus, gradus, & potestatis, add. Bach. in Treutl. *vol. 2. disp. 16. thes. 1.* D. Tulden. *in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait, proposito Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maximè consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cùm id expressè non fecerit, hujusmodi casu eveniente opus esse remedio principali per *l. 2. de reb. cor. qui sub tut.* VINN. Potest tamen nepos, etiam post avi mortem conceptus & editus, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere, quia licet non sit avo agnatus, est tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus successionem vocatur. *l. 47. §. pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad h. §.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui heredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt,*

neque

neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali aquitate motus, dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde, ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuit, solus jure civili heres est, & solus suus heres: sed enim emancipatus, beneficio prætoris, in partem admittitur, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

Notæ.

9. *Jure civili nihil juris*] Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyll. l. 7. de cap. min.*

Prætor naturali aquitate motus] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

Bonorum possessionem unde liberi] *d. l. 4. & pass. unde liberi*. Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. *§. 3. sup. de exh. lib.*

Commentarius.

1 *Qua ratione motus, & quo colore, prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi?*

1 Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur *lib. 1.* Proinde cùm nec sui hæredes sunt, qui in potestate esse desierint, nec agnati, propter mutationem familiæ: vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis dumtaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de suis & leg. l. 1. §. capitis. 8. ad sen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maximè quia nihilominus verum est, ex masculis eos esse procreatos, prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus *l. 6. §. 1. in fin. de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in suis tantùm hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, *§. emancipatos. 3. sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *infr. de succ. libert.* ac proinde nodum in scirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum existimat *præter legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi] *l. 4. & passim. si tab. test. nul. ext. l. unde liberi. §. 1. inf. de bonor. poss.* Cæterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l. 20. §. 2. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat.* Ulp. *lib. 2. institut. apud Rufin. tit. de legit. success. Unde liberi* autem dicimus præcisè, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d. §. 1. & seq. infr. de bon. poss.*

In partem admittitur] Dimidiam scilicet: *εἰς τὸ ἥμισυ*, Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, *tit. seq. in pr. d. §. 1. de bon. poss.* Et expressè scribit Justinianus *l. ult. §. 1. C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d. §. 1. de bonor. poss. l. 1. §. 6. unde liberi.* Jure novissimo, etiam jure civili, emancipati succedunt, *Nov. 118. cap. 1.*

Textus.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cùm is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in pote-*

fiat

ſtate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineat, utrum ad liberos ejus an ad agnatos.

NOTÆ.

10. *Non admittuntur*] Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum poſſeſſionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt?*

2 *Cur ab adrogatione emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, ſecus ſi poſt mortem ejus? & quid hic, reſpectu patris adoptivi?*

QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum poſſeſſionem unde liberi, id hic locus docet non eſſe perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc ſunt in poteſtate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cùm de illius ſucceſſione quæritur: quæ mox *ſeqq. §§.* plenius declarantur.

In adoptionem] Manifeſtum eſt, verbo generali ſignificari hoc loco ſpeciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ ſola eorum eſt, qui ſunt ſui juris, *§. 1. ſup. de adopt.*

Non admittuntur] *L. 4. unde liber.* Etenim prætori hoc ſolum propoſitum fuit, ut ſuccurreret emancipatis, qua tales ſunt, idque ratione quadam commiſerationis, quæ in iis ceſſat, qui ſe dederunt in adrogationem, aliumque ſibi patrem quæſiverunt, dum his ſatis conſultum in familia adoptiva, in qua jus ſuorum hæredum & agnationis nanciſcuntur. Ad hæc prætor emancipatos vocat inter ſuos hæredes, & tamquam ſuos, *tit. ſequent. in pr. l. 6. §. 1. de bonor. poſſ.* ratio autem non patitur, ut quis jus ſui hæredis habeat in duabus familiis.

Quaſi liberi] Id eſt, ex ea edicti parte, qua prætor ad ſucceſſionem ab inteſtato liberos vocat. Quod ideo expreſſit, quia etſi non admittuntur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia ſcilicet vocantur cognati, *§. admonendi. 13. inf.* Illud ſatis conſtat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum eſt.

Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre
2 *perinde admittuntur*] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati ſint, prætor ex humanitate his reſtituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum poſſeſſionem patris naturalis, ac ſi ſemper ſui juris manſiſſent, *l. 4. unde lib.* ſcilicet quia alioqui forent ut ſpe omni deſtituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis ſucceſſione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinent, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in totum diſſolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus poſt emancipationem pater eſſe deſinat, *l. 1. §. liberos. 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur. 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex priſtino jure retineatur veſtigium *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita à Juriſconſulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non poſſum, *l. quin etiam. 55. de rit. nupt.*

Poſt mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, ſive ante, ſive poſt mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad ſucceſſionem patris naturalis, intereſt, emancipati ſint vivo adhuc patre, an poſt mortem ejus: nam priori caſu jus liberorum per adrogationem amiſſum beneficio prætoris recuperant; poſteriore caſu non item, ſed tertio demum loco invitantur ad bonorum poſſeſſionem unde cognati, *§. 13. inf. eod.*

Iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati poſt mortem patris naturalis liberorum gradum non conſequantur; ne alioqui in poteſtate adrogatoris ſit, utri ad ſucceſſionem ab inteſtato veniant, liberi ne, an agnati: quippe qui facere poſſet, ut ſuccederet agnatus proximus non emancipando, ut non ſuccederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet, *l. illa inſtitutio. 32. de hær. inſt.* Sed longius iſta αἰτιολογία petita eſt. Commodius hæc aſſerri poterat, ne jam delata aut quæſita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex poſtfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro ſe in adoptionem dederunt, poſtquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum ſunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non poteſt; nec quia deſinunt ſui hæredes eſſe, poſſunt deſinere filii filiæve, nepotes neptesve eſſe. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe: quia jus nomenque filii filiæve, quod*

per

per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.

Commentarius.

Hic locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præc.* 9. *&* 10. Summa hæc est: liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos verò ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi planè extranei fiunt, jusque & nomen liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, *l.* 1. *§. liberos.* 6. *l.* 4. *unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura perimere, &c.* plenissimè à nobis explicata est sub §. *ult. de leg. agn. tut. &* §. *pen. de cap. dem.*

Textus.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eamdem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

Notæ.

12. *Et in ea bon. possessione*] Non solùm sc. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos] Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *d. l.* 1. *pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi, & suis emancipatis pariter proposita, *l.* 1. §. 6. *unde lib.*

Commentarius.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.*

Prætor non tantùm in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi; verùm etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est: quæ vitiosè, pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. contr. tab.* §. 3. *sup. de exhær. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poss. cap.* 5. pro *non rectè* aut *vitiosè*, dixit, *inique*. Nam qui dicunt *iniquè* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filii scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit prætor institui, aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos.* 3. *sup. de exhær. lib.*

Eos qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos, *l.* 1. *in pr. cont. tab.* Licet enim bono- 1
rum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant, eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exhæredati sunt, *d. l.* 1. *in pr.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili fit, *l.* 7. *de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l.* 2. *C. eod. tit.*

2 *Vocat ad eamdem possess.*] Sequuntur nunc 2
comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l.* 1. *in pr.* junct. §. 6. *cont. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eamdem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi; quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *de bon. poss. cont. tab.*

Ita longè minus contra tab.] Argumentum à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est, hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cùm iis, qui ado-

adoptati sunt ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato; tamen testamento facto præteritos aut exhæredatos à successione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. §. sed ea. 14. inf. hoc tit.*

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus, eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos hæredes, quàm emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*] Neque ex capite altero *unde legitimi*. Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia desierunt esse adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius est, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepoſuit, *l. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. adgnationis & cognationis discrimine, *Nov. 118. c. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ab adrogationi emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi?*
2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

DEclarat hìc Imperator, quomodo accipiendum quod dictum est, liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cùm is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc est, quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.* Cur verò minus liberorum numero, quàm cognatorum à prætore habentur, cùm utrumque nomen æque naturale sit? Quia absurdum prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. 2 Nam cùm Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* consequens est, liberos, de quibus hìc agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis] Minimè mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quàm minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cùm adhuc essent in familia adoptiva. Sanè nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cùm adhuc sunt in familia aliena, nec defertur emancipatis post illius mortem: ut disseruimus *sup. §. 10.*

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepoſuit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dedisse jure civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit adgnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus adgnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ à patribus suis natu-*

naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hæreditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cùm nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere; vel exheredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali quàm legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus: quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

NOTÆ.

14. *Nostra constitutione*] *L. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. 2. *supr. de adopt.* §.8. *quib. mod. jus pat. pot.* §. 5. *sup. de exh. lib.* §. 1. *sup. quib. mod. test. inf.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.] Et tamquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur, *dict. l. pen.* §. 1. Nec obloquitur sibi Just. cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d. l. pen.* §. 2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto] Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quàm aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus] Ita quoque legitur in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum: add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Justiniano?*
2 *Notatur Bachovii oscitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minimè necessariæ.*
4 *Sabiniano Senatusconsulto quid cautum?*
5 *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *sup. de adopt.* §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantùm qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verùm etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novamque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in 1
adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum,) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impunè à patre adoptivo testamento facto præteriti aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato huic patri succedat. Si verò datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos casus] Usus videtur plurativo pro singulari. Nam unus dumtaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dari & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Uti possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus disertè hactenus ei tribuitur, *d. l. pen.* § 1. *fin.* Atque ita occurrit hìc casus singularis, quo is qui in potestate non est & tantùm non extraneus, suis hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantùm prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, *d. l. pen.* §. 1. Quamobtem vix scio, quid sibi velit Bachovius, qui pro 2
limitatione hic addendum scribit ex Nov. 118.

c. 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantùm cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cùm utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profundè somniasse, ut quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque & hos iilis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* praeferri: sed ut apparet ex *d. c.* 3. quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c.* 3. non plus juris habere posse, quàm conjunctos ex uno parente tantùm, quibus praeferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure praetorio] Olim liberi adoptivi omnes, qui transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quàm justis nuptiis quaesiti, haeredes institui aut exhaeredari debebant: praeteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure praetorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhaeredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhaer. lib. l.* 1. *in pr. cont. tab.* §. 2. *sup. de inoff. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. constitutione impune hi praeteriri vel exhaeredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive praetorio, adversus testamentum adjuvantur, *d. l. pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiae aut patriae potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

3 *Cùm nec necessitas imponatur patri adoptivo.*] Non satis bona collectio: Non est necesse hunc haeredem instituere vel exhaeredem facere, ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent haeredes instituere aut exhaeredare, qui tamen praeteriti aut exhaeredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum haeredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem haeredem instituendum, &c. quae tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus mari-
4 *bus*] Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum allegendum curaret, ei curiae liberationem pateret; quod referendum inter privilegia *amancipatas*. Meminit quoque hujus Senatusconsulti Justinianus in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. substituunt *tribus manibus*, ut Alciat. 4. *parerg.* 3. *tribus mancipationibus*, ut Raevard. *c.* 6. *de auct. prud.* add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

Pristina jura tali adoptioni servamus] Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur: qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis planè nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantùm pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: vide quae *sup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De descendentibus ex foeminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui queve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviae vel proaviae, sive paternae sive maternae successionem. Divi autem Principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cùm nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quàm qui ex foeminis descendunt, ideo eumdem gradum & ordinem successionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solùm naturae, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur; portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus,) paulo minuendam esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quàm mater*

eorum

eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus; ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

NOTÆ.

15. *Item vetustas*] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam adgnatorum.

Quem mater eorum] Ex. ca. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. tabb. aut si emancipatus est, suffragatione juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione ferret, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quàm mater latura fuisset.

Vel avia] Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum] Adde *vel mater*. v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia & nepote neptevе ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filiæ suffragatur SC. Orficianum *infr. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quàm cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem substantiæ] Hanc quartam adgnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris memorati Principes quamdam Falcidiam vocant.

Sed in stirpes] Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla deminutione] Quartæ scilicet adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio, *Nov. 118. cap. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore ad successionem intestati vocentur.*
2 *Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti juri nitatur?*
3 *Planius & plenius, quàm vulgo, explicatur quatenus per* l. 4. C. Theodos. de legit. hæt. *veteri juri derogatum.*
4 *Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justinian.* l. ult. C. de suis & leg. lib.
5 *Cantiunculæ & Mynsingeri error.*

HÆc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum & postremo Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, à paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quàm ex filiis, totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynf. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim tabb. 1 ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus

ex transversa linea solos agnatos: eos verò qui tantùm cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solùm successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cùm nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate; & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget, *l.195. §. ult. de verb. sign.* non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantùm à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filii essent progeniti; verùm etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos dumtaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progenie: hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ] In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quàm habent in successione avi proavive, aviæ proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quàm avo aut proavo materno, &c. cùm nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat, nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano; non aviæ nepotibus, *inf. tit.4.* & ideo rectè ait, nepotes pronepotesve ataviæ & proaviæ ad successionem à Prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.] Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l.4. C. Theod. de legit. hær.* quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit
2 Justinianus *l. 9. C. de suis & leg. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l.4. C. de lib. præt.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quàm qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si libere dicendum est, altera vera non videtur, altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est. hoc prospicere, ut ne familiæ splendor àc dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut sartæ tectæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quàm fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis, *Num.27. 8.* Vid. Philon. *de vit. Mos. 3.* Hinc jam sponte intelligitur quàm ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

3 *Eumdem ordinem & gradum successionis*] Donaverunt Imperatores eumdem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hîc sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc est, voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quàm prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis, in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquando memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur] Jus vetus hîc accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos dumtaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique Senatusconsultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quàm spondet principium, plusque sensit, quàm scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte] Quamvis prædicti Principes, nepotes neptesque ex sexu fœmineo descendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquanto plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quàm hos, consequi, *d.l. 9. C. de suis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Casus pertinens ad successionem adscendentium matrum, cùm defunctus descendentibus unius pater, avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus est: de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur, Cùm igitur de successione avi

avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filiâ demortuâ nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativâ legis duodecim tabb. aut si emancipatus est, suffragio Juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepotes trientem reliquum, id est, hi tertiâ parte minus ferunt, quàm mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset: Jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantùm nepotibus relinquitur: alter semis auctus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognatam ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quàm hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantùm accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantùm nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus, sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia; illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditatis auferent, huic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quàm hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id, quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantùm de descendentibus ex masculis, quos solos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex fœminneo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex virili progenie sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi ante monuissem, id quod d. juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum sanè vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus, filii sc. & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* Sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cujus jam sæpe facta mentio: admissi verò cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est, Senatusconsulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis: Senatusconsultum Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ, nepoti nepti ve nihil. Ex nova verò constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave: ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum, vel mater superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus] Casus, quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepteſve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*, nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes pronepteſve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes pronepteſve in totum à successione proaviæ repellentur Senatusconsulto: à Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus, ut sc. tertia minus consequantur, quàm habituri fuissent avi aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantùm sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quàm pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cùm nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quàm pronepotes in successione proavi, sive legem antiquam consideres, sive edictum prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris illius antiquioris suffragium, quo nomine tantùm detractio illa à Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant] Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum à Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ex integra extat in Codice Theod. *l. 4. de legit. hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore, cùm mortua avia aut proavia soli reperi-

riuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est, quod in d. constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quamdam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Justinianeo, *l. 9. C. de suis & leg.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita principalis dispositio, &c.] Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconsultum Orficianum filios tantùm & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

4 *Cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos, &c.*] Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani *l. ult. C. de suis & legit. lib.* Ait, *cùm adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expressè *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* sed hoc vult dicere, cùm adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam*) quæ est *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cùm concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. C. de suis & legit. lib.* atque ob eam caussam noluisse constitutionem prædictam suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Justin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantùm sustulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores] Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes] Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu; non est sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantùm igitur cùm de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum; sed etiam cùm fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ, & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, salvo liberis primi gradus, si cum his concurrant, jure deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione] Hæc ita scripta sunt, 5
ut non sine caussâ existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianum, patet tum ex sæpe memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quàm particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo; non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet *l. ult. C. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. post tit. 5.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

HUcusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege duodecim tabularum soli sui hæredes, §. 1. *tit. præc.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit: insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim, qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure peculii, *l. 2. de castr. pecul.* sin emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de suis & legit.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l. 10.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratione extranea; & ideo à Prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De Senatusconsf. Tertylliano videbimus *tit. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his, & quomodo succedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

Quos prætor, vel constitutiones] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos prætor, hos constitutiones vocant, §. 9. *& ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

EXistat] Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut defuncti illius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest, *l. pen. §. 1. unde legit. fac. l. 2. in pr. de suis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 2.

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulo crassius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt vere sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum à prætore, tum constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis, lex duodecim, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum] In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim, §. 5. *inf. hoc tit. l. 2. §. 4. de suis & legit.* in duodecim: *adgnatus proximus familiam habeto.*

TEXTUS.

De agnatis naturalibus.

1. *Sunt autem adgnati, (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Is etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hæreditatem; sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*] *sup. tit. de legit. agn. tut. in pr.* *Per virilis sexus person. conjuncti*] Supple, *nec capite minuti*, §. *ult. sup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult.* §. 3. *de grad. & affin. l. 2. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ὁμοπατρίους, *l. 2. pr. de suis & leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Modestini locus in* l. 5. unde legit. *expositus.*
2 *Quot modis nomen agnatorum usurpetur?*
3 *Qui nostris consanguinei, & unde sic appellentur:*
4 *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

COgnati per virilis sexus personas] Eodem modo describit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut.* & JC. *l. ultim.* §. 2. *de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem, ut ait Paul. *d. l. ult.* §. 4. *de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantùm generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjunguntur, *d. l. ult.* §. 2. vel capitis deminutione jure adgnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utrisque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpe usuvenit, ut notavimus *sup. de adopt.* §. 1. eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. Alio autem sensu dixit Modesti-
1 nus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota verò speciei essentia non est in genere; siquidem, ut Porphyrius c. 4. scribit, [illegible], & ibid. [illegible]. Adgnatorum
2 quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ultim.* §. 3. *de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, *l. 2. de suis & legit.* Specialiter verò adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur, *l. 2. in pr. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* quam distinctionem media peperit jurisprudentia. VINN. Addenda & illa significatio, quâ *agnati* distinguuntur à *gentilibus*, quos post agnatos tertio loco admittebant XII. tabulæ. Unde *apud Parias. LL. Mos. & Rom tit. 16. §. 4.* Succedebat ergo primo domus, dein familia, postremo gens. *Agnati* ergo sunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero *in Top. cap 6.* definit, *qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti*. Sic e. g. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter se erant agnati, omnes Domitii, ex utriusque familia gentiles, modo essent ingenui, nec capitis deminutionem passi. Unde *gentiles* erant [illegible], ut est apud Festum in voce *Gentiles*, [illegible] ejusdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in usu erant. *Parias. LL. Mos. & Rom. ibid.* Heinecc. [illegible]

Qui & consanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι, id est, ex eodem patre nati consanguinei, 3
nostris dicuntur. Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hær.* Hinc Virgilius *6. Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus ξ. *Iliad.* Κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & αὐθαίμονες, Sophocles *in Ajac.* [illegible] αὐθαίμων [illegible], *fratrem furiosi vocantes*. Ita consanguineum interpretaberis, *l. 1. §. post suos. 9. l. 2. in pr. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hær.* Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. l. 1. §. pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur etiam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in *l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse; fortassis quia hi eumdem sanguinis auctorem immediatè habent, & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quàm ex matre: quippe cùm etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie verò fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent, sed qui 4
ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno dumtaxat: nec qui ex eodem solùm patre conjunguntur plus juris habent, quàm qui eadem tantùm matre nati, *Nov. 118. cap. 3. auth. itaque. C. comm. de succes.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tan-

tantùm eumdem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quàm uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem; *t. de consang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam consobrini] Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & κατὰ χοινιὸς consobrini: propriè enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini, vid. *inf. tit. 6. §. 4* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui post mortem patris] Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit.* vid. *sup. tit. 1. § 8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.] Legitima hæreditas tantùm proximo defertur, *l. 2. §. 4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur, si factum est testamentum, qui tunc, cùm certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc iterum & fusius §. 5. & seq.

TEXTUS.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit; veluti inter filios naturales & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis suis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos esse non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

ADgnatorum nomen civile est, *l. ultim. § 4. de grad. & affin.* ubi & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint, liberi, an adoptivi; §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nati vitæ conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *l. 2. §. 3. de suis & legit. l. 23. de adopt.* Ulp. *in collat.* Rufin. *tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè consanguinei] Rectè: nam ex definitione Cassii consanguinei propriè sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, *l. 1. §. pen. de suis & legit.* hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eumdem patrem sanguinis auctorem habent: adoptati verò, etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, sanguinis tamen paterni nexu cum istis copulati non sunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l. 23. de adopt.* quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati propriè consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent, *l. 1. §. ult. de suis & leg. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, *l. 2. §. sed & si. 19. l. 7. ad Tertyll.* Post constitutionem Justiniani *l. pen. C. de adopt.* soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt à persona non extranea.

Agnatus inter tuos esse non dubitatur] Hotomannus *agnatos* legit in casu accusandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus est *inter suos hæredes*: sed illa lectio manifestè vitiosa est, & vox *hæredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *tuos*; quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De masculis & fœminis.

3. *Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur: quod ad fœminas verò attinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hereditates (etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sanè iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur; si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam*

ample-

amplexa simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive fœminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas à successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta; per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem, quæ unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis; non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quam in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum: ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

Notæ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*] *sup. §. 7. de fideic. hær.* dicit, sibi in legibus magis simplicitatem, quàm difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes] Theoph. [illegible], *aut potius quod deerat implentes*. Quod prætori familiare. *l. 7. de just. & jure.*

Commentarius.

1 *Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ob causam cœpta?*

2 *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordino vocentur à prætore?*

3 *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus? Ubi quædam non vulgaria.*

4 *Veteris Jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

Locus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cùm mediæ ætatis consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sororem [illegible], exclusis remotioribus; quæ tantùm à prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hìc restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu] Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem; rectène, an secus, videbimus infra §. *ult. de success. cognat.*

Vt ipsæ consanguinitatis jure] Hoc est, fraterni- 1
tatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas muliebris sexus personæ, licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos desierunt esse virilis sexus personas, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l. 1. §. 9. d. l. 2. in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* cùm antea lex 12. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius, quàm ad fœminas pervenirent: non tantùm quia masculi reip. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hìc affert Theophilus; aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verùm etiam & potissimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quàm proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris verbum proximitatis factum est proprium juris prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati, *l. 3. l. 4. unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine verò agnatorum, etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur; etiamsi ipsi longè sint remotiores.

Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus] Fœminas adgnatas secundo gradu remotio- 2

res,

tiæ, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, prætor, ne in universum exclusæ manerent, in lineâ, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et verò nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quàm qui tantùm cognati sunt. Ait, *neque adgnatus ullus*. Non ait *proximior*, ut mox, cùm de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus*. Nam in successione cognatorum, ut quisque proximior est, ita alterum excludit; nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

3 *Media jurisprudentia*] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cùm intelligat *ψηφίσματα*, seu leges, quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longè abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut apertè testatur Gell. *lib.* 20 *c.* 1. Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. Paul. 4. *sent.* 8. Ulp. *tit. de legit. hær. §. ad fœminas.* 6. Ac diu etiam post [illegible] duravit usque ad tempora Justiniani, qui [illegible] post consulatum Lampadii & Orestis id [illegible] *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alii [illegible] ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia [illegible] xerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac ne unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato: quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit §. 12. *sup. tit.* 1 *l. pen. §.* 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubiè Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sent.* 8. ubi sic scribitur: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quàm jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l.* 2. *§.* 5 *ff. de orig. jur.* Disjuncta enim cùm sit Pauli oratio, non minus hoc, quàm illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, *τὴν μετὰ τὸν [illegible] χρόνον*, non magis nobis Paulus adversabitur, quàm alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantùm Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret, cùm id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos verò sine cunctatione juri civili adscribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clarè ostendimus; idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cùm in omnibus disjunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequàm Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus 3 *de civ. Dei c.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cùm ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum, non quod duodecim tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur. VINN.

Verissimum est, hoc jus esse ex jure civili, id est, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud inventum esse ex rationibus Voconianis, quibus & eversa ac abolita lege Voconia locus esse potuit. Conf. omnino quæ eruditè ad Paull. *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 8. disseruit V. C. Anton. Schultingius. Inde autem non sequitur ut jus civile hic sit idem ac *jurisprudentia media*. Nimirum uti omnem jurisprudentiam, quæ prætoris edictum antecessit, vocarunt *veterem*: ita *media* est, quæ per edictum perpetuum invecta; *nova*, quæ per constitutiones novorum principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 198. HEIN.

Imperiali dispositione anterior] D. VVesembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus remp. Sed malo cùm Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma reipub. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores verò Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissimè legibus stante adhuc Repub. latis, aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur, *l.* 2. *§. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de imperiali dispositione; id ad Imperatores refero Constantinopoli: anos.

Laudamus prætores suæ humanitatis] [illegible], more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, *τῆς [illegible]*

φιλαν-

[illegible] Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. 8. [illegible]. Eadem reticentia est apud nostros, cùm ajunt, *noxæ dedere*, *satis legatorum desiderare*, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. satis dotis fieri*, *l. 22. §. si patri. q. sol. matrimon.* id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, i. e. nomine, vice accessionis. Cels. *lib. 1. laudatur Hippocrates artis & facundiæ.*

4 *Quare etenim, &c.*] Tota vetus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quàm fœminis propter onera, quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cùm sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent; ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sextus Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam vocandam censeret. Diceret, nihil [illegible] lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impensè semper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. hær. l. 4. C. de lib. præt.*

Nostra constitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. hær.* ubi similiter, ut hoc loco, lege duodecim tabularum prolixè commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluserit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativâ. *Nov.* 118.

Secundum sui gradus prærogativam] Ita ut ex constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quàm prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque in suo ordine exæquavit Justinianus; ita *d. Nov.* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis sororum.

4. *Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem; ut non solum fratris filius & filia, (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*] Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. Cod. ad SC. Tertull.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. C. de leg. hæred.*

Sed in capita] Ut puta duos fratres habui, [illegible] unus unum filium reliquit, alter duos: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli [illegible] ferent, *l. 2. §. 2. de suis & leg.* Ulp. *tit.* 16. §. 3. Nec id abolitum *d. Nov.* 118. *c.* 3. §. 1. Utique in Oriente observatum constat. Harm. *lib. 5. tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proximè præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti; quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ constitutioni] Duo sunt constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus] Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant.

Ce-

Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

1 *Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius*] Ἀδελφῆς ὁμοπατρίας ἤγουν ὁμομητρίας υἱὸς, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantùm patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos propriè dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. act.* 1. *scen.* 5. *v.* 57. *Si te in germani fratris dilexi loco*. Idem *in Adelph. act.* 2. *scen.* 4. *v.* 5. *O mi Æschine, ò mi germane*. Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. cap.* 27. *Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit*. Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cùm grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quàm qui consanguineæ tantùm, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Festus scribit; *Germen*, inquit, *est*, *quod ex arborum surculis nascitur*; *unde & germani*, *quasi eadem stirpe geniti*. Græcis dicuntur αὐτάδελφοι αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Protesilai. *Iliad.* 13.

2 *Vel sororis uterinæ*] Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομήτριοι, seu ὁμογάστριοι. Sic autem hìc loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sanè non fuit, cùm non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ab ipso Justiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult.* §. 2. *C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias sorori, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure, ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli] Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum; hìc cognati, filius sc. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov.* 118 fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt] Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov.* 118. *c.* 3. *Nov.* 127. *c.* 1. Eodem jure non solùm fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjūctis ex uno latere tātùm.

Successionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes sed in capita] Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes; ut puta, duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 3. Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cùm alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cùm soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Joannes voluit, an verò in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub tit.* 5.

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures sint gradus adgnatorum, apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet; tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tabb. proximum vocat*] Hisce verbis: *Agnatus proximus familiam habeto*, *l. pronuntiatio.* 195. §. 1. *de verb. sign.* Ulp. *tit.* 26. Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hæreditas dividatur, *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solùm autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l.* 3. *C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est §. *præced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum; sed

quia

quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *l.2.§.2.de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8.l.9. de legit. tut. §. ult. sup. de cap. dem.*

Propriè proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relativè ad differentiam remotiorum, eumque significat propriè, qui inter plures diversorum graduum proximior est, *l. 1 §.5. unde cogn.* Sed docet hìc Imperator, verbum hoc captandum non esse; atque ex sententia legis, etiamsi unus tantùm gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d.l.2 §. 4. de suis & legit.* qui sic eo loco scribit; *Legitima hæreditas tantùm proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint; quia & is proximus est, quem nemo antecedit: & is ultimus, quem nemo sequitur: & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit.* Add. *l.1.§.5. unde cogn. l. proximus.92. l. proximi.155. in vulgari.162. de verb. sign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. *Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem extiturum. Tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. in quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

CUm quæritur, quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. Cæte-
1 rum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, (quod tunc quoque intelligitur, cùm aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipso adhuc vivo eversum est,) an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur; quia hìc tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit; posteriore eum, qui tunc est, cùm testamentum deseritur: quia mortuo patrefam. testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quàm certum est, neminem ex eo testamento hæredem extiturum, *l. 2. §.5. & 6. de suis & legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Uberius hæc exposuimus sub §. 7. *superioris tit.*

Tunc enim propriè quisque intestatus] D. Contius legit: *Tunc enim etiam propriè* &c. quomodo Ulp. *l. 1. pr. de suis & legit.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non impropriè intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus] Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cùm haberet patruum & patrui filium: deliberante hærede scripto, patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *l. 2. §. 5. de suis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti, sed anaphoricè, qui erat ulterior cùm patruelis moreretur.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in adgnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam: cùm satis absurdum erat, quod cognatis à prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maximè cùm in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem?*
2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum?*
3 *Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hæreditate admitti?*

JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non
1 erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. Ulp. *tit.* 26. §. 4. & ideo fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. *sent.* 8. Atque hoc est, quod scribit idem Ulp. *l.* 2. *in pr. de suis & leg. Si sunt consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus, *non deferri*. Rationem hujus juris suggerit Paul. *d. loc.* quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantùm semel ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat, data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere] In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in suis hæredibus successio est, teste Ulp. *l.* 1. §. *sciendum.* 8. *de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *d. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certè per *Nov.* 118. *c.* 1. sed contrarium teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure sequentes] Quid si
2 plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit, & licet decesserint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l.* 9. *de suis & legit.* §. *ult. infr. de sen. Orfic.* Ulp. *tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto successorio, *l.* 1. *de success. edict.* Observabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam, v. g. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur, sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso] Recluso dixit pro occluso; uti & iterum postea, *hoc agnatis esse reclusum*, contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, reserare, Virg. 8. *Æneid. v.* 244. *Infernas reserat sedes & regna recludat*, Horat. *lib.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cælum*, &c. Justinianus tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens dicit singula separatim *recludi* pro *occludi*. In *l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Justinian. pro *excluditur*, cum ait, *Germana ejus ab eadem successione recluditur*.

Constitutione nostra] Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis; sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie verò nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov.* 118. *c.* 4.

Quod cognatis à prætore apertum] Duas ratio- 3
nes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hìc redditur, quia prætor eam admisit in ordine cognatorum, *l.* 1. § *qui semel.* 6. & §. *quibus.* 10. *de success. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non possit. VINN. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oiselium, qui ad Caji *Inst. lib.* 11. *tit.* 8. §. 23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto prætoris *unde cognati*. Propiorem enim cognatum eo casu exclusisse remotiorem agnatum certissimum est. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Juris prud. vet. p.* 139. HEIN.

Maximè cum in onere tutelarum] Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex 12. tabb. voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximiore agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l.* 3. §. *pen. de leg. aut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l.* 10. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima parentum successione.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitu-*

ſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

NOTÆ.

8. *Ex noſtra conſtit.*] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis ſolemnitates ſuſtulit, ſalvo tamen jure patris manumiſſoris, ut ſcil. nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumiſſor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov. 118. c. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Filiumfam. hæredem ab inteſtato non habuiſſe uſque ad conſtitutionem Leonis & Anthemii.*
2 *Quo loco ex ea conſtitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*
3 *Quo jure olim pater ut pater ſucceſſerit filio emancipato?*

1 TRactatur hic de legitima ſucceſſione parentis, non quatenus ut parens conſideratur, ſed quatenus ut manumiſſor patronus. Quo ordine pater filio olim ſucceſſerit, non ſatis liquet. Illud conſtat, in filiofam. hujuſmodi quæſtioni locum eſſe non potuiſſe jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet poſtea exceptum fuerit peculium caſtrenſe, & paulatim etiam quaſi caſtrenſe, permiſſumque filiofam. in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere; jus tamen vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona iſta pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de caſtr. pec.* Hoc igitur caſu manebat adhuc eadem conditio bonorum caſtrenſium, quæ reliqui peculii. Atque hucuſque filiusfam. hæredem ab inteſtato habere non potuit: ſed habere poſſe demum cœpit poſterioribus temporibus, cùm liberis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta ſunt. Extat
2 conſtitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: ſi nulli ſint liberi, fratribus & ſororibus: ſi hi quoque deſint, tertio loco parentibus; nec ergo jam amplius tamquam peculium, ſed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio ſuccedendi fuit & in bonis caſtrenſibus. Nam ſi bona adventitia, quorum uſumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile eſt nec potuiſſe caſtrenſia. Quod & ipſum ſatis apertè teſtatur Juſtinianus in *princ. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt. lib. 2.* cùm ait, ſi filiifam. qui caſtrenſe peculium habent, inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi hoc eſt, jure hæreditario ex poſteriorum Principum conſtitutionibus: nam ſi jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri poſſet, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fuſius diſſeruimus. Novella 118. parentes ſine diſcretione ſexus aut poteſtatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine ſecundo, cum quibus tamen ſimul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium verò 3
emancipatum quod attinet, planum quidem eſt, patri manumiſſori legitimam inteſtati hæreditatem delatam fuiſſe: at quo jure quove loco ſucceſſerit ut pater, non item. Habuiſſe patrem jus ſuccedendi, patet ex eo, quod præteritus ſuo jure de inofficioſo agere potuit, *l. 1. §. ult. ſi à par. quis man. l. 14. de inoff.* quod utique nemo poteſt, niſi qui jus ſuccedendi ab inteſtato habet: & tamen jure civili hæredem eum eſſe non potuiſſe, argumento eſt, quod eo jure ad hæreditatem tantùm ſui hæredes, & his non exiſtentibus agnati vocantur: pater autem neque ſuus eſt, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admiſſum ad bonorum poſſeſſionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & ſorores, qui ad bonorum poſſeſſionem fratris ſui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quàm unde cognati. Sed etſi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus excluſus fuit, *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* Rurſus ſi unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & poſt Senatuſconſultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum poſſeſſione matri prælatus fuit etiam poſt illud Senatuſconſultum, *l. 10. de ſuis & legit. l. 2. §. objicitur. 15. ad ſen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego ſic exiſtimo, patrem olim admiſſum fuiſſe ex capite unde cognati, cognatiſque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expreſsè reſervatum fuerit Senatuſconſulto, dictamque *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de ſucceſſ.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id eſt, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi remancipatos manumittit. Nam inventis ad uſurpationem vetuſtatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumiſſionibus, de quibus in *§. præterea. 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* ſolebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis ſibi remancipandis, quos ipſe deinde manumittebat, eoque facto, ipſe pater in eos eorumque bona jura patroni conſequebatur, *tit. ſi à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc eſt, ea lege & fide ſaltem interpoſita, ut liberos ſibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teſte Cajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Sem-

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri] Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores cùm ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, *arg. Nov. 118. cap. 2.* VINN. Videntur compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem, quæ cum Codice Justinianeo intercidit, qua Imperator sanxerat, ut pactum fiduciæ semper interpositum esse fingeretur, etiamsi expressè interpositum non esset. Sed hac constitutione post *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in C. Repetitæ prælectionis. Ceterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum, quod immemores novæ istius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.
DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. C. Lib. 6. Tit. 56.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

HOc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur; in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem; & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos dumtaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum sc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege XII. tabb. filii hæres esset (1) si esset ejusdem familiæ, vel gentis, e. g. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset, ex eaque procreasset liberos. Hic enim mater tanquam agnata succedere poterat, si esset proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata succedebat. Ast posteaquam media jurisprudentia agnatas præter sorores excluserat, & uxores rarius in manum convenire cœperant; rarissima quoque fuit matrum successio, antequam SCto Tertulliano illis prospiceretur. HEIN.

Nisi quod prætores ex proximitate] Pro *nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *cæterum* aut *sed*: ne quis putet, ex præscripto legis quod prætores fecerunt. Sensus enim est, prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Constitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*] Hoc est, ipsi legi 12. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatusconsultis: ac dehinc eùm antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, *l. 2. §. ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referas, quod Suetonius scribit *cap. 19.* cum fœminis dedisse jus quatuor libero-

liberorum; quod etsi quid significet, obscurum est, opinor tamen, eom intelligere jus liberis succedendi, cujus hîc fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verùm iis dumtaxat, quæ quater peperissent. Sanè accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *satyr. 9.*

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres, Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cùm maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplesse, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium à Claudio concessum apud Suet. c. 19. pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id consequebantur feminæ, ut tutela liberarentur, solidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fusius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Proculdubio hoc privilegium à Claudio non tam omnibus feminis, quam quibusdam speciali beneficio concessum est. Vid. Cujac. *Not. Poster. ad h. §.* HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum] Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret; quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri succursum esse scribit, ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomanus & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatusconsultum Tertyllianum. De jure liberorum.

2. *Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cùm alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.*

NOTÆ.

2. *De tristi successione matri*] Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eamdem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Licet in potestate parentis] *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri; hodie verò mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l. 6. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi *Adriani temporibus*] Zonaras *lib. 2.* testatur, hoc Senatusconsultum factum esse divo Pio auctore; quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hîc accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum sc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis darum est, divo Pio tribuitur *l. si testamento. 49. §. 1. in fin. de fidejuss.* Ob eamdem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. *hic.* VINN. Hæc omnia quam incerta sint, quamque parum fidei mereatur Zonaras, diximus *in Antiq. Rom. h. t. §. 3.* idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Jurisprud. vet. ante just. p. 668.* HEIN.

Plenissimè de tristi successione] Plenissimè, id est, diligentissimè; accuratè enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. *l. 2. hoc tit.* *Tristi successione*: luctuosam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inst. & subst.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Non etiam aviæ] Senatusconsultum Tertyllianum matri tantùm filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adscendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert, aviæ nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tamdem progressus est Justinianus, *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipubl. peperissent prospexit; & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint. Paul. *4. sent. 9. in pr. & fin.* Ulp. *tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum] Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. *ult. præc. tit.* Hodie verò id secus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defun-

defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l.6.C.hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quàm matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantùm in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit, per *l.cum oportet.6. C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quàm filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

NOTÆ.

3. *Frater consanguineus &c.*] Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse, 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas, 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Theoph. *ἔχουσα δίκαιον παίδων*, & *inf.§.5. κοσμηθεῖσαν*, Cic. 1. *Tusc. cap. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ?*
3 *Qui adscendentium?*
4 *Qui lateralium?*

COntinet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani; doceturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater, aut avus paternus; tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco] Hinc necesse est 1
casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos hæredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l.2.§.liberi.6.h.tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum hæredum: sed tamen quia Justinianus expressè iis servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur, matri præferendos esse, *l.pen.§.1.C.de adopt.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? Et quidem in adoptionem dati neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen, cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l.2.§.sed si.9.hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpe diximus prætorem suorum numero habere, eosque tamquam suos, vel cum suis hæredibus vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & præcipuè Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur, *§ ult sup. de hær. quæ ab intest.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quæratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hìc docet.

Filiæ suæ mortuæ] Casus, ubi de filiæ intestato mortuæ successione quæritur. Ait *suæ*, id est, 2
quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodo M.Tullius *lib. 3. de repub. Est*, inquit, *genus injustæ servitutis, cùm ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius *sat. 5. v. 88. Vindicta postquam meus à prætore recessi*, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum *§ præc.* Utique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud Vvesembecium vox *suæ* deest.

Filius vel filia præponitur ex constitutionibus] *L.4.C. ad Senatusconf. Orfic. l.11.C. de suis & legit. l.3.& pen.C.Theod.de legit.hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, constitutionibus opus fuisse, ideo Hotomannus & Bachovius scribunt, quia pari jure niti videantur, matri suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orficiani, & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur, aut cum matre concurrunt; unde si intestatæ mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano hæreditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l.1. C. ad Senatusconf. Orfic.* Planè illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptesve ad-

nittantur, & matri defunctæ præponantur, *d. l. 11. C. de suis & legit. lib.*

3 *Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus*] Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem sc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2 §. objicitur. 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriusque*, id est, & filii & filiæ intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat, *d. l. 2. §. objicitur. 15. l. 10. de suis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d. §. objicitur. 15.*

Cum inter eos solos] Scilicet, ajunt Hotoman. VVesemb. Pac. inter patrem & matrem; qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum aut proavum & matrem solos de hæreditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: ast ubi simul pater superest, cui avus anteponatur, non item: verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim mater prodesse debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. § objicitur. 15. eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab Ulp. *d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. eod.*

4 *Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.*] Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porro cùm fratres dumtaxat & sorores hoc loco matri objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantùm mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *inf. eod. Novella* 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

5 *Et mater liberis onerata*] Probabilis est conjectura Cujacii in *not. ad Ulp. tit. ult* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*. Ut enim verum sit, liberos matri esse oneri, tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hìc agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvabat, qui vertit *ἔχουσα δίκαιον παίδων*, & §. 5. eamdem appellat *δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην*. Cicero 1. *Tusc. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum sublato.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice, nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixa fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COMMENTARIUS.

C*onstitutione, quam in Codice*] Ea est *l. 2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus] Non debebat disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verùm orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes; cùm nemo divi-

divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

T E X T U S.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. *Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut, siquidem solæ sorores adgnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite, & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hæreditas.*

N O T Æ.

5. *Cum antea constitutiones*] Vid. *l.1.l.2.& pen. C.Th. de legit. hær.* Cujac. *hic*.

Anteponi, & sine ulla deminutione] Superiores constitutiones jus matris minuebant, admissis adgnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat *l. ult. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

P*Artim adjuvabant, partim prægravabant*] Ejusœmodi extat constitutio Constantini *l. 1. C. Theod. de legit. hær.* Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuidet. Eodem pertinet *l.2.d.tit.& C.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l.pen.d.tit.C.Justin.*

In aliis contrarium faciebant] Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis; ita hîc contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honestantur, *l. ult. C.de jur.lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam: quas constitutiones Justinianus hîc abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.] In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiamsi ter non peperint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, siquidem solæ sorores] Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem, ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d.l.ult.C.hoc tit.* Hæc iterum mutata sunt *Nov.* 118. qua fratres & sorores omnes, ex uno tantùm latere defuncto conjuncti, tam à matre, quàm à fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

T E X T U S.

De tutore liberis petendo.

6. *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scitu iis eis, quod si tutores liberis non petie-*

petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repelluntur.

Notæ.

6. *Impuberum morientium*] Disertè *impuberum*, ut & in *dict. l.* 10. *C. de leg. hær.* nam si puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l.* 3. *C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *dict. l.* 2. §. 29. αὐτοῦ γὰρ ἑαυτοῦ αὐτοῦ. Modestin. *l.* 2. §. 5. *qui pet. tut.* *l.* 6. *C. eod.*

Commentarius.

Ita eas oportet suæ soboli consulere] Matri onus tutelæ impositum non est: quia virile munus est, tutelam gerere; at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, *l.* 2. §. 1. & 2. *qui pet. tut.* *l.* 2. §. *si mater.* 23. & *multis seq. hoc tit.* ubi hic locus fusè explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d. l.* 2. § *si mater.* 23. *hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum, *Nov.* 118. *cap.* 5. Sed hæc moribus obliterata. Christin. *vol.* 4. *decis.* 63. *n.* 7.

Intra annum] Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *d. l.* 2. §. *si mater.* 23. & §. *confestim.* 43. ubi Græci, *huic rei sedentis*, τοῦ ἐπὶ τῷ δικαίῳ τῷ ἐπιτροπικῷ ἀνθυπάτου ... . Quod verò hic dicitur, & in *l.* 10. *C. de legit. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret, per *d. l.* 2. §. *confestim.* 43.

Impuberum morientium] Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur; quod & disertè rescriptum est in *l.* 3. *C. hoc tit.* & ideo in *d. l.* 10. *C. de legit. hær.* expressè additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacitè velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.*

Textus.

De vulgo quæsitis.

7. *Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.*

Commentarius.

Quemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.* 2. *unde cognat.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quàm qui procreati ex justis nuptiis, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l.* 1. §. 2. *eod.* §. *pen. tit. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, *l.* 7. *de cap. minut.* cùmque vulgo quæsiti patrem non habere intelligantur, à quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, quin matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, *l.* 4. *unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ sub §. 3. *seq. tit.*

Ti-

Titulus Quartus.

DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *tit.* 57.

Textus.

Origo & summa Senatusconsulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orfitio & Rufo consulibus effectum est, Divi Marci temporibus: & data est tam filio, quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

Commentarius.

Lege duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo dumtaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes, & agnatos, ejusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *pr. præc. tit.* Cæterum cùm placitum esset, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantumdem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris; cùm adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune votum, *l.* 7. §. 1. *unde lib.* Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quàm matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quàm liberis, causam ignorare me fateor. Vinn. Maximè tamen probabilis est ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius *p* 669. quod mater, si vellet, pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Quum ergo sæpius contingeret, ut liberorum hæreditate liberi, quam hi materna exciderent; nec mirum videbitur, prius prospectum fuisse matri, quàm liberis. Hein.

Orficio & Rufo Coss. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vettius, seu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. Lamprid. *in Commod.* Onuphr. *in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eamdem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in propofito Cajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat,) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater; licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiafam. ita & hi liberi jussu patris adibunt, § *postea.* 2. *tit præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cùm moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit. Planè hodie post *Nov.* 118. etiam filii & filiæfam. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quàm ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo adgnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verùm etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cùm in Tertylliano consanguinei defuncti præferantur matri; & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, *l.* 1. §. *sed si nemo.* 9. *hoc tit.*

Textus.

De nepote & nepte.

1. *Sed cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

Commentarius.

Utrumque Senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit, atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit; sic Orficianum similiter filios dumtaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l.* 8. *unde cogn.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

constitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quàm pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, suitatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa est. *Nov. 118.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. *Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

COMMENTARIUS.

Regula juris est, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis. 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem 12. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis, *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa, de successione quæri non potest, *d. l. 1. §. capitis. 8.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert, *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve: quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet hæredum & agnatorum: quæ nomina, cùm civilia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. *Novissimè sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NOTÆ.

3. *Qui vulgo quæsiti*] Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autem ex concubinatu, (sc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. C. hoc tit.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione esse, quàm vulgo quæsitos, & hos, quàm natos ex damnato coitu.*

2 *Quid moribus hic receptum.*

Sicut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub *§. ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantùm cùm soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quàm si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *l. si suspecta. 29. §. 1. de inoff. test.* Inter patrem verò & spurios jus idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quàm spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utroque meliores, quàm natos ex complexu damnato incestuve. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet. C. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad σπορίους. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu. C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas Juris Canonici, *cap. cùm haberet. 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sanè nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus ex officio liberis hujusmodi alias fame perituris alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia pater est, *Nov. 12. cap. 2.* vid. Palæot. *de noth. & spur. cap. 41. cum seqq.* Gail. *2. obs. 115.* Christin. *vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte nonnihil à jure Romano discesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit Vvames. *cent. 1. cons. 42.* & post eum D. Tulden. *comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales nec 2

non

non ex his descendentes, non tantùm matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat: universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitimè procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *over vvonem bastarts*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat: quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quàm paterna propter admissum à parentibus nefas, vid. Grot. *lib.* 2. *manuduct. cap.* 28. *in fin.* & *cap.* 31. ubi jura quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus. Vinn. Ast in Frisia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet; ceu & res judicatæ recentissimæ confirmant. Hein.

Textus.

De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Commentarius.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verùm etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur, §. *pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit] *L.* 1. §. *si nemo.* 9. *hoc tit. l.* 9. *de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. Vinn. Ratio hujus juris propior dari potest, *quia omnis successio*, ut ait Paull. *rec. Sent. lib.* 4. *tit.* 8. §. 23. *proximiori defertur*. Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur: Paull. *ibid.* §. 7. *Inst. de legit. agn. success.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat, ne vocandus esset cum propiore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure accrescendi lib.* 1. *cap.* 1. & 14. quod qui in eodem gradu sunt, conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet, ubi quæstio est de præsumpta testatoris voluntate, non ad legitimam. Hein.

Licet ante decesserint] His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *l. unic.* §. 5. *C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *l. si Titio.* 33. *in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret; quod disertè expressit Marcian. *d. l.* 9. *de suis & leg.* hoc est, si decesserit postea quidem, quàm portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Planè ad suos hæredes, qui ipso jure sine aditione hæredes existunt *l.* 14. *de suis, & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

Titu-

Titu

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes, eosque, quos inter suos hæredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos, (quorum numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio,) proximos cognatos prætor vocat.

NOTÆ.

Prætor vocat] Ad bonorum scilicet possessionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. Vid. *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

Lex antiqua duodecim tabularum duos tantùm hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes, nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum vel agnatorum una cum verè suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de hær. ab int.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœmineo, §. *ult. d. tit.* 1. In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de leg. agn. success. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, § 1. *inf. hoc tit.* Prætor verò tres succedentium ab intestato ordine fecit: primum *liberorum*: (non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos,) alterum *legitimorum*, in quo vocantur agnati & juta agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis, *l. 2.* §. *ult. & l. seq. unde legit.* tertium *cognatorum*, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l. 1. in pr. l. 2. unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant, *l. 5. d. tit.* §. 1. *infr. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov.* 118.

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; sed jure prætorio bonorum possessores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. inf.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov.* 118. cognati jure civili succedunt, ut non magis quàm agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quàm facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis verò adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt; tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

Porro jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne successionis tollitur, *l. 1. C. de hær. inst.* Igitur, ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur; ita nec prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l. 5. unde cogn. l. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ult. sup. de leg. agn. tut. l. 8. de reg. jur.* prætor, qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantùm naturalem sanguinis conjunctionem spectavit, eadem parte rectè etiam admisit capite minutos,

scilicet post suos & legitimos, *l. 1. unde legit. d. l. 5. unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto unde legitimi: sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana] Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter *l. ult. C. de leg. hær.* ut opinor, qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus verò emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit æquo jure & sine ulla deminutione, *d. l. ult. §. 1. & 3.* Itaque hic etiam §. per *d. l. ult.* correctus est: quippe quam post Institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imp. in ipsa lege mentionem institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in *l. 4. Cod. tit.*

Aliis verò adgnatis, &c. antepon. eos, & procul dubio cognatis] Hoc expeditius procedit post *Nov. 118.* Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cùm sui juris essent, se adrogari siverunt: nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l. 1. §. 4. unde cogn.*

TEXTUS.

De conjunctis per fœminas.

2. ***Eos etiam, qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.***

COMMENTARIUS.

HÆc secunda classis est eorum, qui à prætore vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, unquam habuerunt *l. 2. & l. 4. unde cogn.* Ait autem disertè *ex transverso*: quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine] Id est, cognatos, *l. 3. d. l. 4. unde cogn. l. 8. de suis & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati verò licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. ***Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.***

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l. 1. §. 4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem, eorum scilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc tit.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum; *l. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, *§. at hi. 10.* junct. *§. admonendi. 13. sup. de hær. quæ ab intest. def.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

4. ***Vulgo quæsitos nullos habere adgnatos manifestum est: quum adgnatio à patre sit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantùm ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.***

NOTÆ.

4. *Nullos habere adgnatos*] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. unde cogn. l. 23. de stat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. d. tit.* Immo ne cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum *auth. licet. C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati] Leg. ut vet. Cod. *ex matre cognati.* Th. καὶ μητρός.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Non magis natos ex concubina, quàm vulgo quæsitos, jus agnationis habere.*
2 *Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantùm latere junctos non item.*
3 *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse exportes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti: qui & ipsi inter se & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. Post Nov. 118. idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurii jure agnationis pertinere potest; quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, *l.* 4.
1 *unde cogn.* junct. *l. cum legitimæ* 19. *l. vulgo.* 23. *de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l.* 19. *l. lex.* 24. *de stat. hom.* Forster. *tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib.* 1.

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l.* 4. *unde cogn.* Ex hoc autem locó apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri] *L.* 4. §. 2. *de grad. & affin. l.* 2. *unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantùm & maternis cognati sunt, & non etiam patri & paternis? Sunt sanè: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l.* 14. §. 2. *l. &*
2 *nihil.* 54. *de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina, quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, *auth. licet. C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari monuimus sub §. *pen. superioris tit.* Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra verò etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt; & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, *d. l.* 2. *unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quàm ab intestato, penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod est extra controversiam,) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendum, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit: proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successionis locum. Per *c. ult. Nov.* 74. *& c. ult. Nov.* 89. Gloss. comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib.* Cagnol. *in l. pen. C. ad Senatusconf. Orfic.* Palæot. *de noth. & spur. cap.* 43. Forster. *tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus.* 5. Anton. Fab. *C. suo, lib.* 6. *tit.* 33. *decis.* 3. 7. & 8. Fachin. 6. *cont.* 10. Dist. Christin. *vol.* 1. *decis.* 198. *& ibi citati.* De jure patrio dixi sup. §. *pen. præc. tit.* 3

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

5. *Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quàm cognatorum?*
2 *In obscuro esse, cur sexto potius quàm quo alio gra-*

gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.

3 *Supradictum discrimen sublatum esse Nov.* 118.

4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum? Et quid hic usus servet?*

Hoc §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etsi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quàm quæ naturali dumtaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo*. Hoc dicitur ἐκ τοῦ ἐναντίου sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint, prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum] Inclusivè ut loquuntur *l.* 1. §. 3. *l. pen. unde cogn.*
2 Quod prætorem moverit, ut potius sexto gradu quàm quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. *sent.* 11. *in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ propriè denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Vvesembecius aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicuè inepta & falsa est, tractatur enim hìc non de successione adscendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et verò si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longè remotiores sint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eamdem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *l.* 4. *in pr. de grad. & affin.* Verùm illi, ut credibile est, in hac αἰτιολογίᾳ respexerunt maximè ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, pura si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis,
3 quin hodie, sublato per *Nov.* 118. agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pæne etiam expressum est in calce *cap.* 3. *d. Nov.* 118. *Gloss.* Joan. Fab. Ang. Vvesemb. *hic.* Forster. *dict. tract.* 3. *cap.* 9. Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hìc positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum, an verò hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantùm ad decimum usque gradum succedant, an verò etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cùm utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum; ratio pati non videtur ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum, *dict. Nov.* 118. utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus Joan. Fab. Ang. Porc. Myns. Schneid. Vvesemb. & apud nos servari tradit Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 30. Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sint, §. 3. *in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit & iterum §. *ultim. infr. de serv. cogn.* Item quod Ulpian. *l.* 2. §. 1. *de suis & legit.* definit, agnatos esse cognatos virilis sexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantùm meminit, ut significet masculos solos, non etiam fœminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, §. 3. *sup. de leg. agn. succ.* Et denique quod lex XII. tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantùm gratia hìc decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinativè: sed ait, eos succedere, etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinativè: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel

vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, §. *placebat.* 7. *sup. de leg. agn. succ.* His jam consequens est, post *d.* Nov. 118. etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere, ut etiam in *fin. c.* 3. *d.* Nov. omnes deinceps à latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 15. & Valent. Forstero *d. tract. lib.* 3. *c.* 10. *in fin.* sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiscum devolvi. Grot. 2. *manud.* 30.

Sobrino sobrinaque nato natave] Bonorum possessio, ait Ulp. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, *l.* 1. §. 3. *unde cognat.* Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, *lib.* 4. *sent.* 11. *in fin.*

Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium; ita Justinianus naturæ sequutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit Nov. 118. quos defunctus quàm maxime dilexisse censetur, id quod & aliis gentibus placuisse novimus. Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 7. §. 3. Quum itaque jam pridem observassent philosophi, *ὅτι μᾶλλον συνῳκείωται τὸ ἀφ' οὗ τῷ γεννηθέντι, ἢ τὸ γεννηθὲν τῷ ποιήσαντι, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τῷ ἀφ' οὗ, magis adfici caussam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, id ei quasi proprium esse:* præter caussam autem gignentem & genitum magnum inesse momentum *ταὐτῷ αἵματι, ἢ ταὐτῇ ῥίζῃ, eidem sanguini & eidem radici*: Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 8. *cap.* 12. consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET; si, quo descenderet, non esset, ADSCENDERET, si nec adscendere posset, ad LATUS divergeret. Nov. 118. *præf.* Hein.

De successione liberorum.

1 *Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, sexus, gradus, cæteris omnibus in successione parentum præferri: & quæ inde consectaria.*
2 *Duæ causæ, in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3 *Quis succedendi in hoc ordine modus.*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remissivè.*

Succedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissimè fecit Nov. 118. Primus est
descendentium sive liberorum defuncti. Hos
voluit cæteris omnibus præferri, solosque ad-
mitti ad hæreditatem parentum intestato mor-
tuorum, & ita admitti omnes, ut neque se-
xus, neque familiæ, neque gradus ulla præ- 1
rogativa esset: sed sive masculi sint, sive fœ-
minæ, sive ex masculis, sive ex fœminis de-
scendant, & sive suæ sint potestatis, sive sub
potestate; primi sive inferiorum graduum, ad-
scendentibus omnibus & lateralibus præpone-
rentur, *d.* Nov. 118. *c.* 1. Ex quo primum in-
telligimus, liberos emancipatos in hac succes-
sione suis sic exæquari, ut illi jam non am-
plius indigeant auxilio prætoris. Etsi nihilo-
minus ad acquirendam hæreditatem eamve ad
quoscumque hæredes transmittendam, necessa-
ria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis
descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in §.
sed hæc. 5. *sup. de exhær. lib.* Deinde sic admit-
ti, ut etiam patri, in cujus potestate defun-
ctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ pa-
tri ex constitutionibus non acquiruntur; quod
etiam expressè *d. c.* 1. cautum est. De pluri-
bus autem gradibus liberorum sic statuit: vi-
vos quidem liberos primi gradus obstare nepo-
tibus ex se natis in successione avi; illis au-
tem mortuis, nepotes in locum eorum succe-
dere, & admitti ad successionem avi, sive soli
sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis
suis concurrant; ut jam olim juris fuit in ne-
potibus suis hæredibus, §. *cum filius.* 6. *sup.
de hær. quæ ab intest.* Quid si filius emancipa-
tus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum
est, filium solum excluso nepote admitti, ut
nunc amplius locus non sit edicto *de conjun-
gendis cum emanc. lib. arg. d. c.* 1. quod & D.
Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 13. post D. Wes-
semb. *in par.* ad istud edictum, rectè observa-
vit: utut id negent Cujac. *ad hanc Nov.* & 2
Hotom. *ad calcem tit. de hær. quæ ab int.* Duo
tantùm sunt casus, quibus parens superstes cum
liberis ad certam partem jure singulari admit-
titur; pater in usumfructum virilis partis bono-
rum, quæ ex hæreditate materna ad filios
emancipatos pervenerunt *l.* 3. *C. de bon. matern.*)
conjux inops in bona conjugis locupletis pro
quarta aut virili ususfructus eorum, Nov. 53.
c. ult. Nov. 117. *cap.* 5. *auth. præterea. unde vir
& ux.* de quo plusecula D. Tuld. *comm. de hær.
quæ ab int. cap.* 14. Cæterum neutrum horum
jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc
ordine talis est. Nepotes sive soli sint diver- 3
sarum tamen stirpium, sive cum thiis suis
concurrant, succedunt in stirpes; quoniam jure
repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in
parentis demortui locum succedant, non ha-
bita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an
liberos in potestate habuerit, nec ne, *dict. cap.*
1. quod repræsentandi jus etiam in pronepoti-
bus, & deinceps cæteris locum habet, con-
currentibus cum iis, qui sunt gradu proximio-
res: per §. *ult. sup. de hær. quæ ab int.* liberi

verò

verò omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c. 1. facit §. 6. & d. §. ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. cap. 1. Nov.* 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. d. tit.* ut diximus *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, *§. pen. sup. de Senatusconf. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *l. penult. C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub *tit. de hær. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in usu non esse, certè non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exhær. lib.*

De successione parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obvenerint?*

2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur, & in quam partem?*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus
ad legitimam liberorum suorum hæreditatem
1 vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus
reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *c. 2.* Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c. 2. auth. defuncto. C. ad Sen. Tert.* sin ex diversa tanquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c. 2.* Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an è materna, per *d. c. 2. vers. si autem.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c.* 14. Fab. *C. suo, lib. 6. tit.*
2 33. *defin.* 2. Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec ususfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. c. 2. vers. si verò.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov.* 127. *c. 1. auth. cessante. C. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent neque fratres consanguinei tantùm cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. c. 2. auth. defunct. C. ad Senatusc. Tert.* ubi DD. Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. succedunt; verùm ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. C. de adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur?*

2 *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant?*

3 *Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant?*

4 *Qui, qua ratione postremo loco vocentur.*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov.* 118. *cap.* 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos
inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; 1
cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quàm uterinis præferendus fuisset, *d. c. 3. auth. itaque. C. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantùm consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos æquè ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æquè, atque ad filios sororum honoraria, *l. 1. §. pen. unde cogn.* vid. *sup. de legit.*
agn. succ. & de success. cogn. Illud non satis ex- 2
peditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an verò in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud Forster. 8. *de success. ab intest. cap.* 3. Fachin. 6. *cont.* 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, *§. hoc etiam. 4. sup. de leg. agn. success. l. 2. §. 2. de suis & legit. l. pen. fin. & ultim. §. 3. C. de legit. hær.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quàm in stirpes, cùm non amplius possint accipere, quàm is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, *§. cum filius. 6. sup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *d. c. 3. Nov.* 118 Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur,

acci-

accipiantur, hoc est, quando fratrem filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. c.* 3. eo tantùm casu jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cùm soli reperiuntur; & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem planè esser ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium numquam proximitas spectatur, *d. §. cum filius.* 6. *&* §. *ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & sola, *sup. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l.* 3. *C. de legit. hær.* unde unum tantùm casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratres filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. c.* 3. hoc verò certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quàm si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis: Quo igitur? Non alio, quàm proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tamquam descendentium, quàm patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quàm consanguineorum tantùm aut uterinorum, *Nov.* 84. *c.* 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, *l. si pater.* 12. *C. de inoff. test.* Azonis sententia constitutione Caroli V. in comitiis Spirensibus confirmata est anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis. Papon. *lib.* 21. *tit.* 1. *arrest.* 11. *&* 12. Maynard. *lib.* 6. *decis.* 92. *n.* 3. Costal. *in l.* 1. §. *ult. C. si pars hær. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curiis Thesaur. *dec.* 162. Ant. Fab. *C. suo, tit. de legit. hær. defin.* 1. Christin. *vol.* 1. *dec.* 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula *d. c.* 3. *Nov.* 118. enucleatius examino, vereri cæpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sanè verbis *d. c.* 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. *d. loc.* eam sic limitemus, ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius *lib.* 2. *select. quæst. c.* 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. Nov.* 118. *c.* 3. *auth. post fratres. C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem: licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. *l.* 8. *c.* 8. Gomez. *ad l. Tauri.* 8. *num.* 8. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 15. Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentent liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. Forster. *lib.* 7. *cap.* 4. *num.* 6. *& seqq.* Fachin. 6. *cont.* 4. Covar. *epit. de succ. ab intest. num.* 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, at mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenerint, non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi. Alvaror. *in tit. de success. frat.* §. *in his verò. lib.* 2. *Feud. tit.* 11. Curt. *tract. de feud. part.* 3. *n.* 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia

omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in d. c. 3. Nov. 118. pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in l. 2. de emancipatis. 13. §. 2. C. de legit. her. & Nov. 84. cap. 1. §. 2. Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam D. Gothofr. ad d. l. 13. notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur: nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ a matre profecta sunt, consanguineis præ-
4 feruntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, d. Nov. 84. c. 3. in fin. Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios; alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum pleno diximus sub §. fin. de succ. cogn. De lateralibus adoptivis ad §. 2. de legit. agn. succ.

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Vvestfrisios.

1. Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi?
2. Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?
3. Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio?
4. Jus uniforme introductum constitutione polit. an. 1580. sed ab eo recessum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.
5. Communia utriusque juris in successione descendentium & ascendentium.
6. Uno ex parentibus defuncto liberos non relinquente mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget constitutio politica?
7. Quid circa successionem collateralium juxta d. constitutionem in universum tenendum?
8. Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.
9. Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent? & quid si aliquid d. constitutione omissum, an quo jure id expediendum?
10. Forma succedendi apud Septentrionales & Vvestfrisios ex placito de success. ab intestato anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentum superstitem habeat.
11. Decisio controversiæ cujusdam orta ex verbis finalibus art. 3. d. plac.
12. Quomodo successio collateralium juxta d. placit. procedat?
13. Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli veniant?
14. Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri?
15. Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant?
16. Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.
17. Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam sit exigendum?
18. Quando & quibus in locis prædicta constitutiones non obtinent?

Finiunt in Institut.

1 IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, æquo toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri Scabinicum appellant, altera ex veteri jure Frisiorum, quod Æsdomicum sive Aspigicum dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemerlandia, Vvestfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagæcomitenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi
2 sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, 't Goedt moet gaen van daer 't gekomen is: hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant, una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit; sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non exstarent, prima in successione causa utriusque simul parentis erat, nimirum, quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Inde quoque est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve illam hæreditatis admittebantur; sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, auctoritate alterutrius, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita an. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum 3

contrario fundamento nititur, hoc nimirum, *'t Naeste bloeds, beurd het goeds*; id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quàm adscendentium, atque adscendentium, quàm lateralium. Cùm ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hic nosse desiderat, adeat D. Neostad. *de pact. antenupt. obs.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad jurispr. Batav. cap.* 28. Joh. Ant. Covins *in trot. subj. tit. lib.* 3. *inst.*

4 Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque uniforme conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cùm ea constitutio per pemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum; illi autem, qui juri Æsdomico assueti erant, exceptis paucis mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. constitutio, recederent, concessum postea est his quærentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de successione ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noordhollandia & Vvestfrisia, illic eo, quod in commune sancitum est anno 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

5 Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuisset, *art.* 20, *const. polit. art.* 1. *placit. de success. ab int.* In quo nihil dissimum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art.* 29. *d. const. polit. l. pen. §.* 1. *C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Vvestfrisiam utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admisit Justinianus, *art.* 21. *d. const. & art.* 2. *d. placit.* Altero verò parente mortuo, jus variat. In omni autem successione, si forte brevitatis causa masculorum tantùm mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus dicta constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut, altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes à successione excluderetur, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art.* 22. *&* 26. *d. const. polit.* Ubi si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperientur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art.* 25. *dict. constit.* 6

De successione collateralium juxta *d. const. polit.* hæc ante omnia & in universum tenenda sunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes aliique per hunc parentem adscendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eumdem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundo mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno duntaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quartò hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei cæterique collaterales ex uno tantùm latere defuncto conjuncti admittantur solùm dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent, deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iidem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de success. edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quamquam hoc nunc per 7

toram

totam Hollandiam observatur, jus repræsenta-
tionis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi
tantùm in linea transversali ad fratrum & so-
rorum nepotes, & patruorum atque avunculo-
8 rum filios inclusivè. Ubi notanda insignis in-
ter jus Romanum & hoc nostrum differentia.
Nam jure Romano in linea collaterali soli jus
repræsentationis habent fratrum filii, nostro
etiam fratrum nepotes & patruorum atque
avunculorum filiis fratrumque præmortuorum
filii & nepotes etiam tunc cùm soli sunt, non
in capita, sed in stirpes jure repræsentationis
succedunt. Inter cæteros autem laterales jus
Æsdonicum servari, quo jure qui gradu pro-
ximior est, ulteriorem excludit, [illegible] gra-
du in capita succedunt, *art. 20. d. consti. polit.*
Quod autem apud [illegible] duobus gra-
dibus ulterius, quàm dictum est, jus repræ-
sentationis [illegible] in [illegible] successione
est. Igitur vel utroque parente vel altero defi-
ciente, fratribus [illegible] jure repræsen-
tationis filiis eorum [illegible] hæ-
reditas: ut tamen in [illegible], quod
ad fratres & deinceps ex uno [illegible] conjunctos
attinet, servetur illud [illegible] cujus modo
mentio facta, *art. 23. [illegible] pol.* Si
9 nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent,
tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes
secatur, quarum unam laterales paterni acci-
piunt, alteram materni, *art. 27 d. constit.* Quod
si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive
paternos, sive maternos, in vivis esse, hi soli
in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt.
Sed avo atque avia aut alterutro eorum mor-
tuo, succedunt patrui & avunculi, & jure re-
præsentationis sive in stirpes etiam eorum filii.
In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdo-
nicum servari placet, hoc excepto, quod fra-
trum pronepotes & deinceps, quamvis quinto
aut ulteriore gradu sint, tamen in successione
præferantur avo, aviæ, & qui supra hos sunt
adscendentibus; item patruis, avunculis, eo-
rumque liberis. Cæterum in capita, non in
stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum
est. Si quid inciderit, quod non satis expressè
per *d. const. pol.* decisum videri possit, de eo
non ex jure Romano, quod nominatim d. con-
stitutio abrogat *art. 19.* sed secundum præce-
dentia theoremata, & porro ex jure Scabinico
in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, sta-
tuendum erit.
10 Apud Hollandos autem septentrionales &
Vvestfrisios, qui ante simplici jure Æsdonico
utebantur, hæc porro forma succedendi ex pla-
cito de successf. ab intest. anni 1599. servatur.
Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus,
de cujus successione quæritur, & qui nec li-
beros reliquit, parens superstes una cum fra-
tribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus
per repræsentationem ad intestati successionem
admittuntur, *art. 3. d. plac. de successf. ab intest.*
Cùmque jure Romano parentes cum fratribus
defuncti vocentur in capita, *d. Nov. 118. c. 2.*
hic parens superstes in semissem hæreditatis ve-
nit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæte-
rum hic etiam cum parente superstite admit-
tuntur fratres ex uno latere, modo per paren-
tem præmortuum defuncto conjuncti, eorum-
que filii & nepotes: cùm jure Romanorum
soli concurrant fratres germani eorumque filii,
non etiam nepotes; ut supra demonstratum.
Quod si defunctus nullos fratres per parentem
prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad so-
lum parentem superstitem tota successio perti-
net, etiamsi prædictorum fratrum liberi super-
sint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per
parentem superstitem duntaxat. Quod deficien- 11
tibus fratribus germanis nihilominus cum pa-
rente superstite admitti dicimus fratres ex uno
parente conjunctos, dum ex præmortuo, id
quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de succ.*
ab int. parum convenire videtur: sed tamen
lite super ea re exorta inter patrem superstī-
tem & fratrem defuncti ex præmortua matre,
Curia provincialis secundùm fratrem pronun-
tiavit: & appellatione quoque deinde interpo-
sita, sententia Curiæ à supremo Senatu appro-
bata est. D. Coren. *obs. ver. à sup. Sen. jud. 29.*
Cæteri adscendentes demum post fratres eorum-
que filios & nepotes, uti quisque proximior
est, vocantur, idque in capita, *art. 7. d. plac.*
de succ. ab intest. Enim verò si defunctus non
alios fratres aut fratrum filios nepotesve reli-
querit, quàm ex uno tantùm latere conjunctos,
& ex altero latere avum aut aviam, aut his
etiam remotiores adscendentes superstites ha-
beat, hoc casu placet, prædictos fratres eo-
rumque filios & nepotes jure repræsentationis
succedere in unum semissem tantùm: alter se-
mis proximo memoratorum adscendentium at-
tribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viri-
tim distribuendus, *art. 6. d. placit.*
Collateralium autem successio sic secundum 12
d. plac. procedit. Si neque liberi nec primi gra-
dus parentes extent, fratres fratrumque filii &
nepotes (qui hic etiam cum altero parente
superstite succedunt eo, quo supra diximus, mo-
do) ad universa defuncti bona veniunt, vide-
licet fratrum filii & nepotes jure repræsenta-
tionis, *art. 4. d. constit. de successf. ab intest.*
Fratres germani eorumque filii & nepotes in
concursu cum consanguineis & uterinis, gemi-
na divisione, hinc consanguineis, illinc uteri-
nis eorumque filiis & nepotibus partem aufe-
runt, *d. art. 4.* Quod si vel consanguinei tan-
tùm, vel tantùm uterini, eorumve filii aut ne-
potes, cum germanis eorumve filiis aut nepo-
tibus concurrant, tum duo semisses fiunt, quo-
rum alter inter fratres vel consanguineos vel
uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fra-
tres germanos eorumve item filios aut nepotes
dividitur; alterum soli sibi habent germani eo-
rumque liberi, quos diximus, utpote qui ex
hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. ar. 4.*

Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiunt; extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt; nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint: quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis duntaxat; in alterum semissem prædictos avum & aviam aliosve adscendentes pro virilibus por-
13 tionibus venire, art. 6. d. placit. Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia, & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum superstes: atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, d. placit. art. 7.

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quæritur, utrum progeniti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis, uterinisve, art. 8. d. plac. Ac tametsi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure sistitur demum in fratrum liberis gra-
14 dus secundi. Post hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum duntaxat, art. 9. d. plac. Si nec patrui nec avunculi extabunt, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum consobrinis æqualiter succedunt, art. 10. In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, art. 11. d. plac. Cæterum si defunctus non alios propio- 15
res [illegible] reliquerit, quàm fratrum filios, & cum [illegible] item nepotem nepotesve alterius fratris, [illegible] hoc casu fratrum [illegible] succedunt in capita; nepotes fratris in stirpes [illegible] repræsentationis, art. 12.
Porro nihil [illegible] successione in locis commemo- 16
ratis, ubi viget d. plac. de succ. ab int. attenditur, unde [illegible] qua parte bona profecta sint, neque [illegible] sint hæreditaria, an ex quæstu, aut aliunde [illegible], art. d. plac. 13.
Postremo [illegible] videri possit, d. con- 17
stit. de succ. ab int. non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, ut nominatim cautum art. 14. d. constit. de succ. ab int. Illud etiam sciendum est, præ- 18
dictas constitutiones DD. Ordinum non aliàs locum habere, quàm si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis art. 19. & 29. polit. aliter cautum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est; proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit D. Neostadius piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quondam Senator. Add. D. Hug. Grot. Introduct. ad Jurispr. Batav. lib. 2. cap. 31.

Titulus Sextus.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

Textus.

Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

Commentarius.

1 *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent?*

2 *Quâ serie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

1 Non unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consueverunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quàm ad tutelam cognati omnes, id est, non tantùm agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa vocantur, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non coguntur, *l.* 4. *de test. dict. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post jus Canonicum, quod hîc diversâ à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus dumtaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti μεταφορικῶς vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult. §. gradus.* 10. *de grad. & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso] Linea graduum cognationis duplex est: una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu: 2
transversa autem incipit à gradu secundo, *l.* 1. §. 1. *l. νόμιμα* [illegible] 9. *de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur à patre: & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quàm de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali sic serie nonnihil diversa. Etenim cùm à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον ἀνιόντα, ut Theoph. *de legit. agn. succ. in pr.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur frater quoto gradu à fratre distet; primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hîc habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hîc habes alterum. Pari ratione si quæras, quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cogna-

Vinnius in Institut.

cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hoc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. & 2. gradu.

1. *Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia.* 2. *Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror.* 3. *Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur, & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & utraque promiscuè θεῖα appellatur.*

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil est, quod interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hìc addita, non sunt apud Cajum *l.* 1. §. 3. *&* 2. *seqq. de grad. & affin.* & quædam etiam desunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφοι & μητράδελφοι apud Cujac. Hot. Conr. Vvesemb. legitur πατρῷος & μητρῷος, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατραδέλφη, & μητραδέλφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione fœminina: & disertè Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν πατρὸς ἀδελφὴν πατράδελφον, τὴν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari: Θεῖος & θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscuè fratres & sorores tam patris, quàm matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam* τηθίς, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Planè Polluci τηθίς est ἡ μητράδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα, tam patris, quàm matris soror, sed apud hos legitur τηθίς. Fratris sororisque filii & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult.* §. *tertio.* 14. *de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur à D. Giphanio. Æacus [illegible]tonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & [illegible]inæ filius. Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφι-[illegible] fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. [illegible]ntur & NEPOTES, quamvis ea notio sequiorem Latinitatem sapiat. Vid. Casaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voss. *de vit. Serm. c.*27. Attamen Ovid. 3. *Pont. eleg.* 3. ad Cupidinem:

Cæsar ab Ænea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barthius ad Guill. Brit. *p.*431. Sæculo 4. Licinium *Constantini ex sorore nepotem* vocant Hieron. *Chron. n.* 2330. & Oros. *lib.* 7. *cap.*28. Quæ loca suppeditat V. C. Christ. Cellar. *in Cur. poster. p.* 235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. *Quidam rectè consobrinos, &c.*] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles propriè appellantur, qui quæve ex duabus sororibus, consobrini consobrinæque, quasi consororini, qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l.* 1. §.6. *l. ult.* §.15. *hoc tit.* ubi tamen JCti testantur, hos omnes à plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantùm notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscuè utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patrueles propriè appellari; qui quæve ex duabus sororibus, consobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.*1. §. *quarto.* 6. & Paul. *l. ult.* §. *quarto.* 15. *de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur: quemadmodum apud Bel-

Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet *τοῖς consobrini*. Et quamvis amitini numquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Justinianus indicat; tamen ex sorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine propriè appellare possum, quàm consobrini. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l. 1. de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo: tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. *6. obs. 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem sororemque consanguineos matruelem ὁμομήτριον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles rectè appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eumdem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

T e x t u s.

Quintus gradus.

5. *Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.*

N o t æ.

5. *Propius sobrino*] Dicitur & propior sobrino, *d. l. 1. §. ult. l. ult. §. 16. vers. personæ, eod.* & propior sobrinus, *l. 2. C. unde leg.* Græci *ἐξαδέλφων ἐγγύτεροι* appellant in *l. 2. C. comm. de success.*

Commentarius.

P*Ropior sobrino*] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina; item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina, rectè omnimodo dicetur, *l. 1. §. ult. l. ult. §. quinto. 16. vers. personæ. de grad. & affin. l. 2. C. unde leg.* Paul. 4. *sent.* 11. Festus in verbo *propius*. Usitatius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* 64. dixit *sobrino prior*. *Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippinæ sobrina prior*, &c. *patrem sibi claritudinem credebat*. Neque enim necesse est, ut eum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina, *d. l. 1. §. ult. & l. 2. eod.* cui vicissim ille est consobrini filius, *d. l. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cùm esset Germanico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Verùm ut confusa est utrinque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori sobrino ego etiam vocer propior sobrinus, *l. 2. C. unde legit.* Fest. *d. loc.* ubi ait, propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

T e x t u s.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu supra tritavus, tritavia, infra trinepos, trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia; item propius sobrino, sobrinave filius, filia item: consobrini, consobrinæ nepos, neptis: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.*

Commentarius.

I*Tem propius sobrino sobrinave, filius filia*] Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac nepotes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera rectè habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare eum Hotomanno aut Vvesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit: illa autem, *item consobrini* &c. expunxit.

Item consobrini, consobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Cajo *l. 3. de grad. & affin.* sic restituit, *Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis*. Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum

rum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris, patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos; qui ex duobus patruelibus ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos *achterfusters Kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit: ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. *Generata persona gradum adjicit*] Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transversa; quæ tamen in caussis matrimonialibus dumtaxat servatur, *v. c. ad sedem. c. parentela. c. 35. q. 5.*

COMMENTARIUS.

Generata persona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantundem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot inter utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

Recte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerati, sicut cognationis: tam enim agnatorum, quàm cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. *Sed cùm magis veritas oculata fide, quàm per aures animis hominum infigatur; ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsenti libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

COMMENTARIUS.

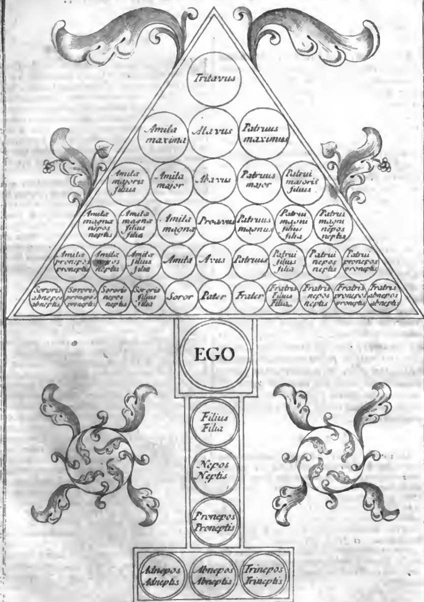
Rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quàm aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *ἀεὶ αἰσθάνεται* hanc affert, quod adspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus verò per accidens & opera aliena. Sanè quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quàm quæ audimus, quæ absunt fere, & ideo non ita movent. Poeta *in arte, v. 180.*

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quàm quæ sunt oculis commissa fidelibus.

Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quàm quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες.

Præsenti libro inscribi] Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari, & in tabula repræsentari potest, quod cùm etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hîc item tabulam aliquam exhibere.

TITU-


TYPUS HIC REFERENDUS EST AD
paginam § IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis
Tritavus
Amila maxima
Atavus
Patruus maximus
Amilæ majoris filius
Amila major
Abavus
Patruus major
Patrui majoris filius
Amilæ magnæ nepos neptis
Amilæ magnæ filius filia
Amila magna
Proavus
Patruus magnus
Patrui magni filius filia
Patrui magni nepos neptis
Amilæ pronepos proneptis
Amilæ nepos neptis
Amitæ filius filia
Amita
Avus
Patruus
Patrui filius filia
Patrui nepos neptis
Patrui pronepos proneptis
Sororis abnepos abneptis
Sororis pronepos proneptis
Sororis nepos neptis
Sororis filius filia
Soror
Pater
Frater
Fratris Filius Filia
Fratris nepos neptis
Fratris pronepos proneptis
Fratris abnepos abneptis
EGO
Filius Filia
Nepos Neptis
Pronepos Proneptis
Adnepos Adneptis
Abnepos Abneptis
Trinepos Trineptis

TITULUS SEPTIMUS.
DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *tit.* 4.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat,) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere; vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus; & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

NOTÆ.

Liberum vel liberos] *Liberum*, numero unitatis, v. *sup.* §. 2. *per quas pers.* Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l.* 148. *de verb. sign.* VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam. Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit*. Add. Quintil. *Declam.* 11. *l.* 33. *C. de inoff. test.* Ex instituto ea de voce disputant Voss. *de analog. lib.* 1. *cap.* 42. Munker. *ad Hygin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lat. vet. JCt. p.* 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicumque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti, cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimirum hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cogn.* & Paul. *l. ult.* §. *non parcimus.* 5. *de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *C. commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. *illud.* 10. *sup. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. 2. & 3. *de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *dict. l. ult.* §. *non parcimus.* 5. *de grad. & affin.* Itaque si, verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc, neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione] Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque à se repertam, Cujacius exhibet, *lib.* 20. *obs.* 34. in qua tamen epitome tantùm jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutio-

n. m

nem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sanè Græcè scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, §. 3. *seq. tit.*

Humanitate suggerente] Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest, potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Vt hi omnes ad successionem] Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam] Ita ut non solùm parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat; nam liberis non extantibus; expressè statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d.* §. 3. *vers. sin autem tit. seq.* Quamvis sanè fratres patrono præferendos arguat, *l.* 2. *C. ad Senatusc. Tert.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti propriè dicti & patroni; utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succ.* ad quod jus Tribonianus *d. l.* 2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur] Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantùm est, εἴτε ἐκ διαφόρων. Ut horum verborum, *sive ex aliis*, hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maximè in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

Textus.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater, (ut supra quoque tradidimus,) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quoties neque suorum heredum quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.*

Notæ.

1. *Exceptis fratre & sorore emancip.*] Ex constitutione Anastasii §. 1. *sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *sup. de leg. an succ.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *Nov.* 118. ubi Just. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium; sed horum proximi tantùm vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium; quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

Commentarius.

Hic locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem, quàm hujus potiorem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine; quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quàm fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis, qui cum illis concurrere numquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur, hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus

jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus, agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.] Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cogn. in pr.* Verùm inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, *Nov.* 118, *c.*3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusc. Tertylliano §. 3. *& seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *d. Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur; inter ipsos autem succedunt tantùm proximi, *d. Nov.* 118. *c.*2. *& Nov.* 127. Lateralium quoque proximi solùm vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno dumtaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUc usque disseruit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non activè, ut in præcedentibus, sed passivè accipitur, non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12 tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia; postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt. De lege. 12. Tabb.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

COMMENTARIUS.

1 *Legem* 12. *tabb. non alio jure patronum censuisse, quàm agnatorum.*
2 *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quàm patrem, fratrem? &c.*

NAm ita demum lex 12. tabb.] Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo 12. tabb. licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est: Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus, nihilve ei relictum fit.

Hærede suo nullo relicto] Intestato liberto mortuo, lex duodecim tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. Ulp. *l.*3. *in pr. de suis & leg. & in fragm. tit.*27. *& tit. ult. in pr.* ubi sic scribit: *Civi Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præstat.* Hinc verò apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quàm agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Rectè Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. 1

Dis-

Disertè id dicit Justin. in constitutione græca, quam ex Basilicis primus extulit Cujac. *lib. 20. obs. cap.* 34. Ἐπειδὴ δὲ ὥσπερ συγγενεῖς εἰσὶ τῶν ἐλευθερωθέντων οἱ ἐλευθερώσαντες αὐτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐπὶ τὴν νόμιμον διαδοχήν. Ὥσπερ ἐπὶ τῶν εὐγενῶν οἱ τῷ βαθμῷ ἐγγύτεροι καλοῦνται, οὕτω καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati libertorum patroni censeantur, hinc & vocantur ad legitimam successionem. Quemadmodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum.* Inde est, quod & nomina patronorum & cognomina adsumerent liberti. Vid. Lactant. *Inst. div. lib.* 4. *cap.* 3. Car. Sigon. *de nom. propr. Rom. p.* 1418. HEIN.

Si adoptivus filius, aperte iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est; at iniquum visum, eumdem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis. Cur verò inquis in patrono idem non fuit servandum fuit, quod in pa-
2 tre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne aliquando duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. lib.* Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati, lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. *Qua de causa posteà prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æquè patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætoris petierant. Nam exheredati nullo modò repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. *Dimidiam bonorum*] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l. 3. §. 5. de bon. lib.*

Æquè patrono dabatur, &c. bonorum possessio] Theoph. παρὰ τὸ ... contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti] Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exheredati nullo modo, &c.] Intellige, nisi per querelam testamentum, ut inofficiosum, evertissent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primùm testandi licentiam in liberto coercuit, jussitque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret; data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est, id hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quàm extranei) heredes instituerit: quippe à quibus & non facto testamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in pr.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit prætor. Nam lex 12 tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Edicto verò prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantùm ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, *§. ult. 10. & §. 1. cum seq. sup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non poterunt, nisi testamento heredes scripti; ac proinde clausula sequens, *si modo ex aliqua parte scripti heredes erant*, adjecta est.

Aut præteriti contra tabulas] Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt, *§. eadem. 12. sup. de hær. quæ ab int.*

Exheredati nullo modo] Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? Dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.

De lege Papia.

2. *Postea verò lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos habe-*

habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono debebatur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.

COMMENTARIUS.

1 *Sestertius & sestertium an idem valeant?*

SEcunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus:

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium] Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcisè dixit Africanus rem centum, *l. liberto. 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. si libertus. 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi usus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcisè, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto. 26.* Ubi per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia cum intelligere certum

1 est. Quod autem Cantiuncula & Mynsingerus hic scribunt, atque in dictionario suo prodidit Calepinus; sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de asse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitanter Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit; sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa à Poetis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poetis, qua masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni; in eo dupliciter errat; nam nec Hotomannus id docuit, sed Agricola; & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotomannus demonstrat *c. 22. d. lib. de re numm.* ubi expressè scribit, sestertia à Poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra 4.* Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait *v. 15.*

—— Mullum sex millibus emit,
Æquantem sanè paribus sestertia libris.

quod priore versu de minoribus sestertiis Poeta dixerat, sequenti de majoribus enuntiat; significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quot sestertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent, decies aut vicies sestertium præcisè, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quàm hactenus habuimus, expectamus à D. Salmasio: VINN. Addi ad hunc locum potest V. C. Jac. Perizoni. *de l. Vocon. p. 171.* Nos quoque rem expendimus in *Comm. ad l. Pap. Poppæam. lib. 1. cap. ult.* HEIN.

Pauciores quàm tres liberos, virilis pars patrono] Lex Papia patronum liberti centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores, quàm tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestatus] Reponendum omnino cum Russard. Coj. Cont. Hotom. *testatus*. Theophilus, *[illegible]*, *condito testamento*. Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto prætoris, quàm ex lege 12. tabb. *sup. in pr. & §. 1.* Cujac. *3. obs. 13.*

Si tres, repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à prætore repellebatur, etiamsi libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege verò Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

TEXTUS.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus,) ita hujusmodi causam definivit: ut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus tan-*

tum

tum aureis habeant substantiam, (sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione; si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum verò majores centenariis sint, si haeredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem haereditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhaeredaverint, vel mater sive avus maternus eos praeterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non [illegible], ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec liberis liberti libertaeve ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad cohaeredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus a nobis in praefata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus; ut tam patroni patronaeque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronae, vel duorum duorumque plurimumve liberi sint, qui proximior est, is ad liberti vel libertae vocetur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Paene enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

N o t Æ.

3. *Nostra constitutio*] Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repraesentat Cujac. 20. obs. 34.

Pro mille sestertiis unus aureus]. Cùm antea unus aureus responderet tantùm sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa] Quae certis personis praestantur ab his, qui petunt bon. possess. cont. tabb. l. 1. de leg. praest. quod onus olim etiam patrono incumbebat, l. 4. de cond. & dem. l. 64. §. ult. ad SC. Treb.

Usque ad quintum gradum]. Mynsing. & Pacputant, haec verba tantùm ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed te falluntur ipso tenore constitutionis; [illegible Greek] Addit atque [illegible], id est, & soli: nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur ad illam tertiae partis bonorum successionem, ut mox subjicitur; sed tantùm ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hîc ulteriùs patronorum liberis, ut iterum verba ostendunt; [illegible Greek]

Qui proximior est, &c. & in capita] l. 13. §. 1. & seqq. de bon. libert. Ulpian. tit. 27. §. 1. & seqq. Nimirum hîc non quaeritur de haereditate parentum patronorum; sed liberti: ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum haeredum, sed agnatorum, l. 2. §. 1. unde legit.

Commentarius.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exaequaret: & jure praetorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definivit, ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus sive intestatus, cum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent exhaeredati. Si verò nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut haeres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento verò facto, ubi pro semisse, quem praetor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solùm ipse patronus haberet, verùm etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum; sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita haereditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus] Justiniani aetate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cùm antea ex mille aureis hoc aestimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hîc substituit *centum*, uti paulo

paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis] Quid si adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur, arg. §. *hujus tit. in fin. & §. 1. in pr.* item constitutionis Græcæ relatæ à Cujac. *lib. 20. obs. 34.*

Vel mater sive avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, §. *ult. sup. de exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *sup. tit. de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra repleatur] Intelligit haud dubiè constitutionem *l. omnimodo. 30. C. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant, *l. 32. C. de inoff. test.* junct. *hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l. 4. de cond. & dem. l. si ejus. 64. §. ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum] Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc loc. & §. 2. inf. de bon. poss.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. *20. obs. 34.* ac proinde nullius momenti est, argumentum petitum ex *l. libertorum. 220. de verb. sign.*

Qui proximior est] Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur: & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *l. si libertus. 23. §. 1. & seqq. de bon. libert.* Ulpian. *tit. 27. §. 1. & seqq.* Non est huic contrarium, quod de liberis supra relatum est, eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *l. 2. §. 1. unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis succeditur.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti; simul & Dedititiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum verò morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

NOTÆ.

4. *Dedititiis & Latinis sublatis*] *l. un. C. de ded. lib. toll. l. un. C. de Lat. lib. toll.* v. *sup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

Olim non omnes libertini ejusdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latinâ & dedititiâ libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ] Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, *l. 3. in princ. de suis & leg.* Libertorum verò civium Romanorum ut testamentariæ ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primùm suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis tanquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Jure

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona ejus, non tamquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes: quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce: L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomanus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum] Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione] Ea est *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. in orbe. 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis, *Nov. 78.*

Titulus Nonus.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

Hic titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. assignare. 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoris exclusis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

Textus.

An assignari possit, & quis assignationis effectus.

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

Notæ.

Assignare libertum] Agnare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. 107. de verb. sign.* id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. Vinn. Idque conceptum SC. sub Claudio anno U. C. DCCXCVIII. Suillio Rufo, & P. Ostorio coss. Ipsa legitima SC. verba habes in *l. 1. pr. ff. h. t.* Hein.

Commentarius.

Licere parenti] Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, *d. l. 1. hoc tit.* quod tam arctè acceptum, ut liberi manumissoris libertum paternum, quantumvis à parente sibi adsignatum, liberis suis adsignare non potuerint: cùm tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, *l. 8. eod.*

Ita demum pristinum jus recipiant,] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulp. *d. l. 1. hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate esse desiisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia jura serventur, ac si nihil de eo liberto cave liberta is parens significasset.*

TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

SEd etiam libertam] Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quàm liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptivæ, quàm filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *l.* 3.§.1.*hoc tit.* quippe cùm hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hac adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIUS.

QVi duos pluresve liberos in potestate] Cùm adsignare nihil aliud sit, quàm jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eumque solum derivare, non est existimandum, dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantùm quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio: neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantùm posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantùm emancipato facta adsignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit; congruit *l.* 1. *in fin. eod.* De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantùm uni ex his, qui in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, ut in specie *l.9.eod.l.ult. de lib. & post.* Quod si unus tantùm sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ego cum Em. Merill.*Obs.lib.*7.*c.*13.ita conciliare malim textus, quod possit patet & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus *l.*9.*ff.h.t.*si tamen suo adsignarit, eumque postea emanciparit, exspirare assignationem, per §. 2. *Inst. h. t.* quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit: & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

ADsignari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistola, chirographo, purè, sub conditione; denique nutu etiam, *l.*1.§.3.*l.*7.*eod.* quod proculdubio ex verbo *significasset*, quo Senatus utitur, sumptum est; & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis : bonorum possessio quid : argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis §. *ult. sup. per quas perf. cuiq. acq.* primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure civili tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem; de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hîc accipitur, uti possessio illa rerum singularum, quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur *προσωρινὴ διαδοχή*. Tantùm in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hîc exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur, ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum possessiones; & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè hæres instituitur; quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipso jure non fiunt: nam prætor hæredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cùm eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum possessionis] Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propositæ *sup. §. ult. per quas perf.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 117. de reg. jur.* Græci *ἀγαθῶν διακατοχὴν* appellant, & *προσωρινὴν διαδοχήν*.

A nostra constitutione] Hæc constitutio non extat, fac. d. §. 26. *sup. de legat.*

Ipso jure non fiunt] Ipso jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, §. 11. *inf. de act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. qu. cav.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

Per Senatusconsulta] *l. 9. d. tit. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutiones Principum] Exemplum habes §. 3. & 4. *sup. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

Alios complures gradus] Id est, ordines, *τάξεις*, ut sæpe alibi. *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

Ex bono & æquo] Nam prætor & alios successorum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo prætor circa successiones jus vetus emendaris?*
2 *Quænam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ? & quàm utiliter?*
3 *Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, hæredes, an bonorum possessores efficiantur?*
4 *Cur prætor hæredem facere non possit?*
5 *Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minus bene perceptum.*
6 *Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.*

E*Mendandi juris veteris gratia*] Supra didicimus, legem 12. tabb. successiones ab intestato tam angustis finibus conclusisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea verò multas personas, tum inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatusconsultis, constitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc si-
1 gnificat Justinianus, cùm ait, prætorem bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperuit. Ajo, jure civili neglectos; nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, *l. non est. 12. §. 2. hoc tit. l. 12. §. 4. de pub. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor & in hæreditatibus eorum qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis hæredibus institutis, *l. 3. sec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, *§. eadem. 12. sup. de hær. quæ ab int. def.*

Si alienus posthumus] Quis dicatur suus, quis alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus *lib. 2. sub tit. de legat. §. posthumo. 26.* add. & quæ sub. *§. 2. sup. de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum possessor] *d. l. 3. sec. tab. l. 6. de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris & simul institutionis & legati respiciens dixit alibi, posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse, *§. posthumus. 28. sup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quasdam
2 bonorum possessiones à prætore etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam rectè institutis hæredibus prætor polliceatur; altera ab intestato; eaque item duplex, unde liberi, & unde legitimi, quarum ad illam etiam suos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæredes instituti] Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cùm adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, prætorem ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas dumtaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, *l. 2. C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulpian. *tit. 23. §. si septem. 6. & tit. 28. § etiamsi. 6. l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen. 6. sup. quib. mod. test. infirm.* Cæterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè hæredes instituti erant, aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus, quàm cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere. 7. hoc tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss.* bonorum possessionem peterent: edictumque postea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnascendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quàm adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* junct. *l. cum hær. 23. de acq. poss.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. Vvesemb. *par. hoc tit. num.* 8. D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap.* 1.

Suos hæredes & agnatos] Suos hæredes ad bonorum possessionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum possessionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit, *§. emancipati. 9. sup. de hær. quæ ab int.* tamén suos etiam hæredes prætor edicto complexus est, *l. 1. unde liberi.* & agnatos quoque & cæteras personas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis se

adju-

a tutorem præbuit. Οὐκ ἔστι συγγενὴς ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραίτωρ νόμον ... *jus. prætorium humanius est*. Hinc illustratur *l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. prætorum. 7. sup. de jur. nat. gent. & civil.*

3 *Solus vocat prætor*] Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, *l. 2. §. si duo. 8. sec. tab.* hoc, quàm illo jure, succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros rectè censet Jo. Fab. Quin amplius, nec suum hæredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quàm utiles & prætorias actiones exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent; quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, *arg. l. 7. §. sed quod Papinianus. 10. de minorib. l. ei qui. 88. de hær. instit.*

4 *Prætor hæredem facere non potest*] Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium tamquam regina & domina præsidet, *l. 2. de legibus*; aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet *l. non ambigitur. 9. de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum: non prætoris, qui nudus fuit magistratus ... non ... qui tamen, tacitè consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *not. sub §. prætorum. 7. sup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum constituuntur] Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, immo vi ipsa ut hæredes essent, *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit, *l. hæreditatis. 138. de verb. sign. l. in conditionibus. 19. §. 2. de cond. & demonst. l. 1. § bonorum. 7. ad Senatusconf. Treb. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, *l. sed & ejus. 24. §. 1. fam. erc. l. si fine. 9. §. illud. 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatusconf. Vell. l. 1. §. nec non. 8. ut leg. nom. cav.*

5 Cùm ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc disertè traditum est ab Ulp. *l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritarium seu legitimum, sed utile sive bonitarium, aut si mavis, dominium prætorium; nam bonorum possessor hæres honorarius est: hæres verò dominum significat. Ita quem prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, *l. si finita. 15. §. Julianus. 16. & §. postea. 33. de damn. inf.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quàm rerum possessionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* immo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. & passim. de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantùm successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus D. Tuldenus sic hæc explicat: hæreditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantùm facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enim verò si rem spectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum possessio non minus, quàm hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æquè ac hæreditas jure civili; textus sunt expressi & clari in *l. 1. l. 3. in pr. hoc tit.* Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta est, quod in describenda tum hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti impropriè locuti sunt, nec vero, sed tropico genere usi: nam neque hæreditas propriè successio est, ut abunde demonstravimus sub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi, sed utraque nihil aliud quàm universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, hic bona apud magistratum amplectendo; dominium rerum singularum statim nanciscuntur, ille civile, hic prætorium, & consequenter jus eas res persequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus. VINN. Omnino rectè rem explicasse videtur Tuldenus. Bonorum enim possessio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt. *l. 178. §. 2. ff. de V. S.* at successio civilis in voluntate consistit, nudoque animo, verbis, vel factis declarato, adquiritur citra interpellationem magistratus. *l. 10. ff. de acquir. hæred.* Ita & V. C. Pagenstech. in *Aphorism. Jur. lib. 3. §. 41.* HEIN.

Et alios complures gradus] Id est ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118. in pr.* legitur, πᾶσα ἡ ... ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι, reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est, θεσμοῖς: ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Suthult. *diss. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum possessionis propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex 12. tabb. fa- 6

Vinnius in Institut. Rr 3 mi-

miliæ finibus ita concluserat, ut suos tantùm hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, *§.placebat.7 sup.de leg. agn.succ.* Prætor autem & alios fecit ordines, ordinumque & graduum successionem admisit, *tit. de success. edict.*

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* secundum tabulas. *Et cùm de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia tam paterni, quàm materni: item filius, filia; nepos, neptis tam ex filio, quàm ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini, Quarto cognatis proximis. Quinto* tamquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

NOTÆ.

1. *Prima, quæ præteritis liberis*] *l. un. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit.* 28. vid. *sup.* §. 3. *de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.*

Decem personis] Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit.* 16.

Extraneo manumissori] Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumissoris] §. *pen. sup. de succ. libert.* Ulp. *tit.* 28. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cùm per eam succedatur ab intestato? Quod à paucis observatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto proposita?*
3 *Extraneus manumissor quis dicatur?*
4 *Quid per familiam significetur in ea, quam prætor quinto loco proposuit?*

HAbemus hìc catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto proposita fuit. Similis est apud Ulp. *tit.* 28. §. *intestati.* 6. Percurramus singula.

Ex testamento quidem hæ] Bonorum possessio, 1
itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, *contra tabulas, & secundum tabulas*: quarum hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret: cùm enim detur contra testamentum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l.1. in pr. de legat.præst. l. ut liberis. 17.in pr.C. de collat.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, *l.6.§.1. l.cum qui.21. §.2. de inoff.test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt, uti disertè scriptum est in *d. l. liberis. 17.C.de collat.* Quamobrem quod hìc Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est, id impropriè atque abusivè ab eo dici, nec alio sensu quàm quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit: atque ob hanc solam caussam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cùm nullæ tabulæ factæ sunt, *l. 1. in pr. & §. rectè autem. 5. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis observatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *tt. & C. de bon. poss. cont. tabul.* quæ species à nobis exposita est sub §. *eadem.* 12. *de hær. quæ ab int. & §. 3. sup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, §. 1. *sup. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. si à parent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l. 2. C. de bon. poss. sec. tab.* Datur, si modo tabulæ rectè factæ sint. Enim verò prætor non omnes hìc solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantùm requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quàm si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edicto & hìc primo loco proposita est, quoniam, si eo 2
testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante ad scriptos hæredes pervenitur, quàm liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint, *l. 2. in pr. sec. tab.* Quod si scripti præ-

matu-

[illegible] secundum tabulas impetratint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhæred. lib. ad calcem pr.*

Unde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, *§. emancipati. 9 sup. de hær. quæ ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l. 1. §. liberos. 6. unde lib.*

Secundo legitimis hæredibus] Quæ dicitur *unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l. 2. §. ult. l. 3. unde legit.* vid. *sup. de leg. agn. succ. & 2. tit. seqq.*

3 *Tertio decem personis, quas extraneo manumissori*] Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hìc enumerantur: videsis quæ *sup. §. ult. de leg. agn. succ. & sub §. præterea. 6. quibus mod. jus pat. pot. solv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem. 10. de suis & legit.* Ait *decem personis*. Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nupt.* VINN. Parum accuratè extraneus manumissor, vel emptor filii imaginarius adpellatur *pater fiduciarius*. Si enim vel maximè fateamur, id vocabulum esse genuinum & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quàm interposita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi mancipato patri naturali remancipando. Hìc autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi adquisiverat jura patronatus. HEIN.

4 *Quinto tamquam ex familia*] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certè hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *l. 3. §. utique. 9. de suis & leg. l. liberto. 17. de bon. libert.* ut vero non sit simile, eos hìc esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa, invertitur ordo succedendi, cùm patronis familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accuratè ordinem observare; quod fortassis nec ipse prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi ti-

èrunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cùm utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.* VINN. Patronus hìc vocatur, si forte tempore, vel repudiatione effectum esset, ut ex præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. *ad h. §.* Conf. V. C. Ant. Schulting. *ad* Ulpian. *tit. 28. §. 7. p. 675.* HEIN.

Septimo viro & uxori] Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor* dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *t. un. ff. & C. unde vir. & ux.*

Octavo cognatis manumissoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium reperit in Basil. *Tom. 6. p. 595.* Vid. Schulting. *ibid.* HEIN.

TEXTUS.

Jus Novum.

2. *Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio; à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes,* contra tabulas *quidem, &* secundum tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato,* unde liberi *&* unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est,* unde decem personæ; *eam pio proposito & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim prior illa bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori; nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cùmque antea fuerat septimo loco bonorum possessio,* tamquam ex familia: *& octavo,* unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum,

utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam contra tabulas *bonorum possessio, quàm* unde legitimi *&* unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognati manumissoris, *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. *Nostra constitutio*] Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *sup. §. 6. quib. mod. jus pat. pot.*

Usque ad quintum gradum] Tam libertorum patroni, quàm ex transverso conjunctorum, ut rectè Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *d. §. 3. de succ. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine*.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonorum possessionibus veteribus, primæ quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum?*
2 *Hodie nulla harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3 *Septima & octava quare sublatæ? Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.*
4 *Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modo separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hìc sexta numeretur.

Utpote necessarias] Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi*, retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut
2 certè, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat: quippe qui jure civili pro extraneis habiti; adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr. & §. 2. de inoff. test.* suis verò hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis duntaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. Ulp. *tit.* 28. §. *Unde liberi* non necessaria suis heredibus: quippe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis; at hodie ne illis quidem. Nam cùm novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov.* 118. certè prætoris auxilio non amplius indigent, quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cùm agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati*.

Unde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem, postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, apud competentem magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* Nam ex eo tempore non alius, quàm pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, *Nov.* 118. Itaque
tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde* 2
legitimi, unde cognati, nullam necessitatem immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. Christin. *vol. 4. dec. 1.*

Tamquam ex familia, & unde patroni] Ait, se
hasce duas bonorum possessiones, *tamquam ex* 3
familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plenè definivisse testatur, *§. 3. de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitomem ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib. 20. obs. 34.*

Ait

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum : sed hæc voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* §. 3. *in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cùm tamen ibi tantùm definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio, in qua hæc legimus, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d.* §. 3. *de succ. libert.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pæne*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantùm partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt: Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint, ὁ πάτρων καὶ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτοῦ, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ. κατιόντες τοῦ πάτρωνος καὶ μόνοι. οἱ πρῶτοι αὐτοῦ κατιόντες, οἱ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐκδίκησιν τ. ἀπελευθέρου, &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque, libero intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. unde vir. & ux.*

Unde cognati manumissoris] Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est, Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ] Duæ facto testamento, *contra tabulas* & *secundum tabulas*, quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poss.* §. *cum igitur.* 4. *inf. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione pratores introduxerunt. Novissimè etiam promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel SCto*] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l.* 1. §. 7. *de succ. edict.* *l.* 1. §. 4. *unde lib.* *l.* 30. §. 1. *de acquir. hær.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss.* *l.* 3. §. *pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ, *l.* 1. & *pass. de Carbon. edict.* *l.* 84. *de ac. hær.* *l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum

1 rum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis, causâ cognita, decernuntur: cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poss. mitt.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass. de Carb. edict.* hæc expressè ordinariæ, opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis. 3. de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre. 84. de acq. hær. l. 4. §. ult. cum l. seq. l. si duobus. 14. §. ult. cont. tab. l. si infanti. 18. C. de jur. delib. l. 2. §. si quis. 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, Senatusve consulto, aut constitutione cautum est, *l. un. ut ex legibus, & c. l. 3. unde legib.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Apronianos, profert Scipio Gentil. *1. de jurisdict. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. l. omnibus. 26. ad Senatusc. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum, *l. 2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus. 12. d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia fit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *l. 1. & l. 2. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis. 7. de succ. edict. l. 1. §. sed & 4. unde lib. l. cum quidam. 30. §. 1. de acq. hær.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantùm; quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; seu eamdem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post Accurs. Cyn. Bart. aliosque veteres interpretes, Sichard. *ad rub. C. quis adm. ad bon. possess. num. 20. & seqq.* Schneid. *in §. seq. num. 7.* Mynſ. *hic ad rubr. num. 10.* Menoch. *rem. 1. adipisc. poss. num. 10. & seqq.* Grass. *§. bon. possessio. quæst. 3.* Tulden. *comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis 2
arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinariæ extraordinariæ, *l. 3. §. hæc autem. 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum, qui se filium dicit, non solùm Carbonianam possessionem accipere debere, verùm etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expressè opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscunque magistratus copia fuit, in decretali tantùm dies sessionum, ut utiles, computentur, *d. l. 2. §. 1.* Quinto, quod decretalis cum effectu propriè non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l. §. decretalis. 7. de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, *d. l. 1. §. 1. & §. qui semel. 6. l. in plurium. 70. de acq. hær.* Hæc omnia, si quid video, clarè ostendunt, DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones verè esse diversas species, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto; sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur, ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre. 84. de acq. hær. l. si duobus. 14. §. ult. cont. tab.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit: atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *arg. l. 1. §. si ea. 14. l. 7. §. 1. de ventr. in poss. mitt. l. 1. pr. l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 3. §. pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Vvesemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim est perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagenstech. *Admon. ad ff. Part. 6. §. 5.* Unde divisio bonorum possessionis in *perpetuam & temporalem*, quam reliqui addunt Doctores, cum hac eadem videtur. Hæn. [illegible]

TEXTUS.

De successorio Edicto.

4. *Quum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, prætor denunciat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *l. 1. §. quibus. 10. de success. edict.* Successio hæc duplex est, una *ordinum*, altera *graduum*. *Ordinum* dicitur, cùm ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos; postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, *§. 2. sup. eod. l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. quis ordo in bon. possess.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l. 5. C. qui adm. ad bon. possess. Graduum* successio dicitur, cùm iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum, atque in solo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est graduum prærogativa; agnatos verò remotiores, proximis repudiantibus, non quasi agnatos, sed quasi cognatos, prætor admittit, *§. placebat. 7. sup. de leg. success. agn.* Sed enim cùm eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos admiserit, prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere; arg. *l. 3. unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum, *Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur, *d. l. 1. in pr.*

In unaquaque specie successionis] Id est, ordine; ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri sc. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu] Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato, *l. 1. quis ordo in bonor. possess. l. 5. unde cogn.* frequentissimè verò, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differentur] Edictum successorium præcipuè quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa prætor è re esse putavit, præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri possit, quando finito jure primorum graduum, sequentes eam petere possent, nullove petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum interest maturè scire, utrum habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d. l. 1. in pr. & §. 1. de succ. edict.* VINN. Add. Cic. *pro P. Quint. cap. 15.* & supra §. 1. *Inst. quib. ex causs. man. non lic.* HEIN.

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l. 1. §. largius. 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. §. pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l. 2. §. ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus caussis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *dict. l. 1. §. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi: & iterum de successorio Edicto.

5. *Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto defertur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur; sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

COM-

COMMENTARIUS.

NOn tantùm in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verùm etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. *ult. sup. de Senatusc. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. un. C. quand. non pet. part.* vid. Duar. *1. de jure accresc. 20. & 2. c. 18.*

Non petierit] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unùs admisit bonorum possessionem, cæteri non admiserunt, vel quod spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut antè mortui, quàm bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, accrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent, *d. l. 3. §. ult. & 2. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum prætorem admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omissa bonorum possessione *unde liberi*, petere adhuc possit *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l. 1. §. sed videndum. 11. de succ. edict. l. 2. unde legit.*

Sed statim cæteri] Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. l. 1. §. quibus. 10. de succ. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum, quod huc præcipuè pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere: quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum? Et quando de plano prætor jus reddere dicatur?*

DIes in jure nostro alii sunt *continui*, alii *utiles*. *Continui*, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: *utiles* illi dumtaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, *l. 1. de div. & temp. præscr. l. 11. §. quidam. 5. ad leg. Jul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cùm dies utiles solùm considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à prætore eam postulare non potuit, *l. 2. pr. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper prætoris copia est, *l. sed & si. 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. mai.* Dupliciter verò prætor copiam sui facit; interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *l. pen. l. de just. & jur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *sessionum* appellantur, *d. l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Cùm alio loco civibus se præbet, *de plano* jus reddere dicitur, *l. nec quicquam. 9. §. 3. de offic. procons. l. 6. de accus.* suntque hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, *d. l. 1. §. abolitio. 8. ad Turpil. l. unius. 18. in fin. de quæst.* Quæcunque causæ cognitionem decretumve magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt, *d. l. 9. §. 1. de off. procons. l. omnia. 71. l. ubicumque. 105. de reg. jur.* Cùm ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantùm pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum dumtaxat, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* VINN. Non ergo confundendæ loquutiones: *de plano cognoscere* (unde *planaria interpellatio* in *l. 4. C. de dilat. edit. Haloandr.*) & *summatim cognoscere*. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, sed pro tribunali: & tamen cognitio erat summaria, *l. 3. §. 8. ff. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in poss. serv.* Rem omnem accuratius exposuit Vir Celeberrimus Ger. Noodt. *de Jurisd. lib. 1. cap. 10. p. 135.* HEIN.

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. *Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.*

NOTÆ.

Quocumque modo; &c. indicium] Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon. possessionis,

nis, [illegible], qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult. testatio amplectendæ hæreditatis*. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

VEtus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat *l. 1. C. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solùm prætoris in urbe & præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet; sed hæ etiam nunc prætorem & tribunal desiderant. *Sed quocumque modo admittentis, &c.*] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantùm necessitatem petitionis solemnis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantùm aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen numquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cùm superstite conjuge diviserit, *decis. supremi apud nos Senatus. 7.* Grot. *2. introd. 30.* add. Christ. *vol. 6. decis. 62. n. 7.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c. 16.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenevv. *tit. C. unde vir. & ux.* VINN. Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit in bon. possessionum temporalium & extraordinarium. Exempla passim habent scriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Inst. h. t. §. 2.* Stryk. *us. hodiern. Digestor. h. t.* HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem: quæ inter hæc genera tertio loco collocata est, §. *ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

COMMENTARIUS.

CUm jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis: quæ potestas lege Romuli primum introducta, à decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quum moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cùm satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quàm si ex patre matreque ejus familia nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* sed dumtaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cùm esset populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sanè nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur.
Jus Vetus.

1. *Ecce enim cùm paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debita sunt,* adro-

adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Usus etenim & usufructus licet his antea connumerabantur; attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.

NOTÆ.

1. *Quales operarum*] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l.* 9. §. 1. *de op. lib.* Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

Nostra constitutio] *l. pen. C. de usuf.* vid. *sup.* §. *pen. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare?

2 Operarum obligationes quæ hic intelligantur?

OMnes res ejus] Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen.* §. 2. *sec. tab. l.* 15. *de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hìc non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per
1 omnia similis. Quin etiam non proprietas tantùm, verùm & possessio adrogatori acquiritur, *l.* 16. *de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quàm hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes.* 23. *de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo.* 18. *d. tit.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. *in d. l.* 16. ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. *in auth. si qua mulier. C. de Sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus verò eamdem moderationem hìc servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, §. 2. *inf.* VINN. Et ex eo, quod & possessio adrogatori sine nova adprehensione adquiritur, interpretanda videtur, *l.* 15. *pr. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ filii fuerunt, & adquiri possunt,* TACITE JURE *ad eum, qui adoptavit, transire* dicuntur. HEIN.

Quales sunt operarum obligationes] Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales, & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, mendicandi. Illæ non ab alio, quàm à liberto, nec alii, quàm patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l.* 9. §. 1. *de oper. libert.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredes transeunt, officiales non item, *l.* 6. *l.* 7. §. *pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæc operæ desieri possunt, ut dictum est. Planè jus obsequi non videtur capitis deminutione perimi *arg. l.* 10. §. 3. *de in jus voc.* 2

Jus adgnationis] Quæ jura agnationi tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l.* 7. *de cap. minut.* §. 2. *sup. de Senatusc. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantùm hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l.* 7. & *d.* §. 2. de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. si libertus.* 23. *l. patroni.* 39. *de bon. libert.*

Usus & usufructus] Olim usus & usufructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l.* 1. *quib. mod. us. am.* Paul. 3. *sent.* 6. eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de usufr.* vid. *sup.* §. *pen. de usufr.*

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus tam naturalibus parentibus quàm adoptivis per filiosfamilias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.*

COM-

Commentarius.

AD similitudinem naturalium parentum] Et rectè. Nam cùm naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantùm acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum] Etsi jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quàm reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio, & primo quorumdam adventitiorum dumtaxat, postremo eorumdem omnium usumfructum tantùm patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato; primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes; *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test. Nov.* 118. ordo successionis mutatus.

Textus.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

Commentarius.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*

2 *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim 1
ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suspicit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1. §. 5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem. 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat bona possideri jubentur, *v. 7. §. si quis. 15. quib. ex caus. in poss. eat.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogato non tenetur] Hæc verba *ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure prætorio; ego mera & stricta ratione juris, *τῇ ἀκριβείᾳ*, ut in §. *actiones.* 10. *inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse, adrogati, hæredis instar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure ad- 2
rogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cùm in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit, *l. 39. de obl. & act.* satis liquet,

ob

ob hoc solùm obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne istud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit similiter ut in specie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent] Hoc ideo ait, quia nunc solus ususfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, *§. pr.* Ait; legitimo modo disponere: de quo adi *tit. ff. quib. ex cauf. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt *§. ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum possessio; neque consensu populi, ut adrogatione; sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor; tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimulatur, *l. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberius sub disjunctione dixisset, *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam Jurisconsultus *l. quod D. Marco. 50. §. 1. de man. testam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

Rescriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent.* Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directò, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & [fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant,

com-

quomodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas ei salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. *Pompilium Rufum*] Putat Eguin. Baro servum ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine successore ab intestato] Alias si destituto testamento, is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant] A te libertatem accipiant, tamquam fideicommissarium. Vves.

Si fiscus bona adgnoscere] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

COMMENTARIUS.

POmpilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quàm *Caji Sejus l. 23. de manum.* & ideo assentiri non possum Theophilo asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginii Valentis testamento manumissis. Utut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l. 30. §. 1. de man. test. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.* VINN. Et exinde quoque colligas, recte existimare Theophilum, Pompilium istum Rufum servum potius, aut statu liberum quam ingenuum vel libertinum fuisse. Statu sane liberos ob spem libertatis non raro se pro liberis gessisse & nomina patronorum gentilia ante manumissionem adsumsisse, colligere mihi videor ex *l. 11. C. de fideic. lib.* HEIN.

Testamento libertatem adscripsit] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait *adscripsit*: Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, *d. l. ult. C. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato] Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cùm nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres exstat, libertates præstandas esse: certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi, *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur. *Vinnius in Institut.* VINN. Aliud obtinebat, si e. g. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hæreditatem, & filio succedente, servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur. *l. 8. C. de fideic. libert.* HEIN.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint. *l. 8. quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cùm ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. §. addici. 8. de fideic. lib.* merito. Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idoneè cautum videri, *d. l. 4. §. addici. 8.* De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l. 4. §. de solido. 11.* Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult. §. 1. C. de testam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quàm ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate. Neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de test. man.*

At si hæreditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnationis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verùm in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem. 17. de fid. libert.*

Enim verò si bona damnati vel debitoris fisi fiscus occupet, cessat hæc constitutio. Sic eum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscas*, in d. §. *eadem*. 17.

T E X T U S.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur, & veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet*.

C O M M E N T A R I U S.

INdicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua à creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio cap.* 15. & Justinian. §. 1. *sup. quib. ex ca. man.* & §. 1. *de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi con alere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est; ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittuntur, *l.* 2. & *pass. quib. ex ca. in poss. l. sed & hæ.* 35. §. 3. *l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

T E X T U S.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

N O T Æ.

4. *Quamdiu incertum*] Ex Ulp. *l.* 4. *pr. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*] Hic locus descriptus est ex *d. l.* 3. §. 1. & 2.

C O M M E N T A R I U S.

COnstitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas; placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores esse ampliandos, *l.* 2. *de fideic. lib. l. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. desumpti ex *l.* 4. *pr.* §. 1. & 2. *d. tit.*

T E X T U S.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

C O M M E N T A R I U S.

FAvor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri, eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

T E X T U S.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi* suc-

successionis plenissimam est, effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

COMMENTARIUS.

CONstitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Jus postulandi annum esto.* 2. *Si plures simul satisdato postulent, iis bona simul addicuntor.* 3. *Ejus, qui plus se præstiturum satisdabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quàm alter cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usu recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium *Nov. 1. cap. 1.* concessum, ut hærede repudiante, ipsi legatarii, quin & servi, quibus libertas testamento data est, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

TEXTUS.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta: & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cùm extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, &, prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

NOTÆ.

Per multas ambages] Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, edicto possideri jubebantur: deinde magister postulabatur & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur, qui omnibus in solidum satisfaciebat: aut antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. cap. 15. & 6. ad Attic. 1.* Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Theoph. VINN. Plura & accuratiora reperies apud Car. Sigon. *de antiqu. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. XI. & de Judic. Rom. lib. 1. cap. 18.* Adde iis *Antiq. nostr. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 11. p. 465. edit. nov.* HEIN.

Quando judicia ordinaria] Planius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac nec illud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret, *l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poss.* VINN. Sensus Justiniani esse videtur: quod ambagibus illis locus fuerit, quamdiu judicia essent ordinaria, & distinctum prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magistratus judices pedaneos dare desierint, & omnia judicia facta sint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam strictè inhæsisse homines. HEIN.

Libertatem amittebat] Post trinam denunciationem domini, Theoph. denunciationis meminit & Ulp. *tit. 11. §. 10.* Paul. *l. 2. tit. 21.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione JCtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

REferuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur, & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cic. *6. ad Attic.* 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione pro *Quintio cap.* 15. *Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe tacitè obscurèque conceditur: cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient*, &c. Idem observatum fuisse, cùm bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est, *l. cum bona.* 16. *l. Fufidius.* 29. *de reb. auct. jud. poss. l. Imperator.* 60. *de pact. l.* 9. *de cur. fur. l.* 4. *C. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Ascon. *ad lib.* 1. *in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro *lib.* 2 *de re rust. cap.* 10. modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tum re cum in bonis sectioneve cujus publicè venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap.* 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Salmas. *de mod. usur. cap.* 18. VINN. Sed adde ea fis Illust. Bynkersk. *Observ. lib.* 1. *cap.* 1. Ubi ab omni crudelitatis suspicione decemviros eruditè absolvit. HEIN.

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderet: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittimur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in codice quoque relata est, *l.* 6. & 9. *C. eod. tit.* Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse, tamquam pugnantia, *permitti bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi*. Planè quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret, desiisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim, *tit. de reb. auct. jud. poss.* sed tantùm pro quantitate debiti, *Nov.* 53. *cap.* 4. §. 1. unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib.* 12. *annal. cap.* 53. ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad patres de pœna fœminarum, quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute: si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denunciationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (vid. Ulp. *tit.* 11. §. *maxima.* 10. *l.* 27. *depos. l. un. C. de sen. Claud. toll. l. edicimus. C. Theod. de muri leg.* Theoph. *hic.* Pet. Fab. *lib.* 1. *semest.* 25.) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. ult. in fin. C. de sen. Claud. toll.*

Titulus Decimusquartus.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitiones neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis?*
6 *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
7 *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio?*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant?*
9 *Obligatio merè civilis.*
10 *Obligatio mixta.*

1 TRia esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. *ult. sup. de jur. nat. gent. & civ.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit.* 1. *lib.* 2. ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantùm ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verùm etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium, & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores hìc nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes à rebus separant, tamquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgo interpp. qui existimant, hìc initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quàm dominium, quàm cætera in rem jura, quàm ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16. & ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. dist. 3.* Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quàm ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere; nec solùm res corporales, verùm etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, add. *l. 49. de verb. sign.* Apparet verò, Vultejum obligationes tantùm considerasse in relatione ad personam debitoris, cùm præcipuè hìc considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut diceret, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quàm ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum non rerum referenda. [illegible], & error perspicuus [illegible]. Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam

Vinnius in Institut.

aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præstanda est,) sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cùm in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem, *l. actionum.* 25. *de oblig. & act.* Quinimmo contra si obligatio jus esset personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expressè scriptum est in §. *præjudiciales.* 13. *inf. de act.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. §. 13. *inf. de act.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in
3 quatuor species inferiores. Quoniam verò neque definitio, neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas dumtaxat pertinent, quæ actionem, eamque efficacem jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quemdam usum & effecta jure civili habent, rectè facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam ex-
4 plicemus. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cùm ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species rectè dividitur, in puram *naturalem*, meram *ci-*
5 *vilem*, & *mixtam*. *Naturalis* obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed à natura humana, id est, recta ratione quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt; una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est ex jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinetur, *l. Stichum.* 95. §. 4. *de solut.* Quod etiam Paulus confirmat *l. cum amplius.* 84. §. 1. *de reg. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cùm sit vinculum naturæ & æquitatis, *d. l.* 95. §. 4. *de solut. d. l.* 84. §. 1. *de reg. jur.* quo loco verbo *oportet* quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, li-
quere potest. Nam quod in *l.* 10. *de obl. & act.* 6
l. fidejussor. 16. §. 4. *de fidejuss.* dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat, verùm etiam si soluta pecunia repeti non potest; id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius dumtaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnumquam absolutè naturales dicuntur, *l. debitor.* 59. *vers. videamus. ad sen. Treb. l. si ita stipulatus.* 126. §. 2. *vers. superest. de verb. oblig.* nimirum quia tota essentia sua sunt ex jure gentium, *l.* 5. *de just. & jur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cùm etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis.
Ut naturalis tantùm, non etiam civilis simul 7
sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa dumtaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l.* 6. *l.* 7. *in pr.* §. 2. & 4. *de pact.* Ex cæteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod. l. si tibi.* 27. *C. de locat.* Plura dicemus infra sub §. *ultim.* Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea, tantùm naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, *l. si pupillus.* 127. *de verb. oblig. l.* 1. *in fin. de novat. l. cum illud.* 25. §. 1. *quand. dies leg.* aut servus, *l.* 14. *de oblig. & action. l.* 13. *de cond. ind.* aut is, cui bonis interdictum est, *l.* 6. *de verb. obl.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l.* 16. §. 1. *ad senat. Vell. l.* 9. *in fin. cum l. seq. de senat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad *ἀντίδωρα* *l. sed & si.* 25. §. *consuluit.* 11. *de hæred. pet. per l. si pignore.* 54. §. 1. *de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitio naturalis, *l. si non sortem.* 26. §. *libertus.* 12. *de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris

toris testamento minus solemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detractionem Falcidiæ, *l. 2. C. de fideic. l. 5. §. si quis. 15. de don. int. vir. & uxor. l. 1. l. ult. C. ad legem Falcid.* Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. cap. 28. debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia venerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ *3. de benef. cap. 7. Cùm res honesta sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant, *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quàm eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit*. Et mox; *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse*. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l. 26. §. libertus. 2. de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, *l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *l. 6. de verb. obl.* Tantumdem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulta prohibita, *l. elegantér. 23. §. 2. de cond. ind.* item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulti exceptio, *l. qui exceptionem. 40. d. t. l. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterf. factus solverit, non repetit, *d. l. 40. l. 9. in fin. de Sen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pæne effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habent naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cùm ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est *l. 13. l. si pœnæ. 19. l. frater. 38. l. quod pupillus. 41. l. si quod. 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 2. de solut.* & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis eum alio quovis compensatio, *l. 6. de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio, *d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. de cond. ind. l. 1. §. id quod. 17. ad leg. Falc. l. 3. C. de usur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, *l. 1. §. pen. de pec. const.* item novari, *l. 1. in fin. de novat.* Potest & fidejussor huis obligationi accedere, *§. 1. inf. de fidejuss.* denique & pignus, *l. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ accessiones dumtaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit: quo adspectu, quod pupillus ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l. 41. de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act.*

9 Obligatio merè civilis est vinculum solius juris civilis, seu τῆς ἀναγκαστικῆς, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus sit, ne à se peteretur, *§. 1. & seqq. inf. de except.* Hoc genus obligationis propemodum sine ee est, & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest. 112. de reg. jur. l. 14. de compens.*

10 Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola propriè & absolutè obligatio in usu juris vocatur; quemadmodum & debitor is propriè intelligitur, à quo invito pecunia exigi potest, *l. debitor. 108. de verb. sign.* & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, *l. 10. eod. tit.* alii per abusionem, *l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantùm & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est verò, quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio, aut verè talis, aut præsumptivè; qualis est obligatio judicati, & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. post. 56. de re jud. l. 207. de reg. jur.* confessi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confess. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur literarum, *inf. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationes] Theoph. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quàm hæreditas, ususfructus, servitutes, *sup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de us. & hab.* VINN. Recte. Sed non solum tamen Theophilum, verùm & veteres fere omnes obligationes tanquam præcipuum actionum fundamentum consideraße, vel inde patet, quod in Pandectis æquè ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus*. Et inde, licet perperam, existimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commodè referri queant, HEIN.

Juris vinculum] Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis; naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de solut.* civilis mera, rigoris, seu *ἀνεπιδίκαστος* *inf. de exc. in pr.*

Necessitate] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto nascitur *l. 7. §. 4. de pact.* junct. *l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Est juris vinculum] Rectè *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta à vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente temora, adumbrant.

Necessitate adstringimur] Effectus. Obligatio (sic absolutè, nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur, jure indicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum, Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in usu sui juris, cùm debita præstatur, *l. solutam. 49. de solut. l. si rem. 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligati tantùm adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediatè consequamur: sed jus tantùm ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de oblig. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura] Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ*. Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus nos adstringi non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostra sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proximè præcedit, *rei solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non rectè solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobatæ] Prioris generis est obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Prætor ex sua jurisdict.] Ex quibus scilicet actionem in personam dedit, §. 8. & *seqq. inf. de act.*

Con-

COMMENTARIUS.

A *Ut civiles aut prætoriæ*] Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio, (vera scilicet & efficax, de qua sola hìc disputatur,) quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hìc monendi sumus, cùm civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri: sicut in universum, cùm jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti, §.3. *sup. de jur. nat. gent. & civil.* At cùm obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas dumtaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cùm in genere jus civile opponitur prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *l. 7 de just. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. 3. *inf. de act.*

Constitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus, *arg §.4. inf. de noxal. act.* junct. *pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. si quis. 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex sua jurisdictione] Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque est: à prætore autem introducta dicitur ea, ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: qua constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur, cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, vid. *inf. §. 8. & aliquot seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de nox. act.* & §. *ult. de leg. Aquil.* VINN. Rectè Vinnius obligationem prætoriam omnem naturalem simul esse, ait. Quamvis enim prætor aliquando & civiles obligationes firmet, veluti dum *l. 1. ff. commod.* ex commodato actionem pollicetur: propriè tamen tunc obligatio non est prætoria, quia vinculum juris jam citra prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis, sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. de obl. & act.* Accuratior est, quàm illa aut Caji *l. 1.* aut Modestini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu] Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19 de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio; quàm utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa *συναλλαγμάτων* distributione in *μονόπλευρα καὶ δίπλευρα*?

COMMENTARIUS.

1 *Unde sumpta sequens hæc divisio?*
2 *Rectè ne Aristoteles delictum speciem faciat συναλλάγματος?*
3 *Præter quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hìc recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4 *Modestini obligationum divisio minus accurata in* l. 52. de obl. & act.
5 *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex?*
6 *Quid pactum nudum, quod passim absolutè pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?*
7 *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num. 10.*
8 *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris?*
9 *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione* l. 19. de verb. sign.
11 *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
12 *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

Aut

1 *Aut enim ex contractu, &c.*] Ἐπιδιαίρεσις seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur; nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. obligatione.27.hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles
2 *5.ethic.2.* uno verbo συναλλάγματος hæc omnia complehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verùm enim verò si vox Græca συνάλλαγμα respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusivè delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Utut est, in jure nostro συνάλλαγμα tantùm ad commercia refertur, *l. 7. §. 2. de pact. l. Labeo. 19. de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantùm loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum. 52. de re jud.* ubi Tryphoninus scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu oriri*. Papinianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem, ἀδικημάτων τῶν ἑκουσίων, ἢ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latinè reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio. l. 1.* junct. *l. 2. de legib.* Illud verò frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *l. 16. de neg. gest. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 1. l. 4. h. ex contractibus.49.hoc tit. §. 10. § rei. 17. & seq. inf. de act. §. 1. infr. de perp. & temp. action.*
3 Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic à Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso proponitur in *l. si & me & Titium. 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l. 3. § 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, *§. cum in suo. 29. supr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, *§. ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem. 23. §. item quæcumque. 5. de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *l. 1. pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantùm meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significati, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cajus in *d. l. 1.* nomine contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cùm singula propriè & distinctè considerare volumus, à contractu & maleficio diversa esse, idem rectè docet, *l. 5. eod.* & ex eo Justinianus *inf. tit. de obl. quæ quasi ex contr. & de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione 4
causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *l. obligamur. 52. hoc tit.* sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula ad amussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paullo accuratius partiri velis, ita omnes obligationes ad suas species revocari posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel ἀμέσως ex sola lege, vel ἐμμέσως interecedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis sunt omnes obligationes, quas Cajus *ex variis causarum figuris* nasci ait, quasque Vinnius noster *num. 3.* recenset, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium est vel *licitum* veluti *contractus* & *quasi contractus*, vel *illicitum*, ut *delictum* & *quasi delictum*. Rem exposui in *Elementis. jur. h. t. §. 771. seq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu] Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *l. 1. §. 3. l. 7. de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem, placitum & consensus, definitore Ulpiano *d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. de pollic.* In 5
idem, id est, in eamdem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt species; aut enim ex *publica* causa fiunt, aut ex *privata*, *l. 5. de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio, aut *nuda* est, aut *non nuda*, *d. l. 7. §. 1. 2. & 4. de pact. l. 10. C. eod. l. 15. de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo magis quàm sensu inconcinno.

cinno. *Nuda* conventio est, quæ in nudis placiti
6 & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *d.l.7.§.1.2.& 4.de pact.l.27.C.de locat.* In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d.l.7.§.4.& seqq.l.10.C.eod. l. 15. de præscr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv.l.5.C.de contr.stipul. l. 5. §. 2. de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius, *l. 23. C. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ὅτινα μὴ ἀνομάζεται ὄνομα, ἀλλὰ μόνον ἐστὶ τὸ ψιλόν. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d.l.7.§.4.& seq.l.divisionis. 45. de pact.l.8.l.15.de præscr.verb.l.10.l.21.l.si certis.28. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 3. de C.rer.permut.cum similibus.* Immo proverbii vice olim jactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d.l.10. C. de pact. & d. l.1.C. de pact.conv.tam sup.dot.& ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, ut ait Paul.*2. sent. 22. §. ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d.l.7.§. 4. & seqq.l.13.d.l. 28.C.eod. &c.* Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quàm omnia vinculis legum & necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib. 2. ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione, quæ etiam jure præstari dicuntur*. Cui similis est apud Ciceronem *lib.2.de invent.* Et explodendi, ut ἀνόητοι, qui negant, potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberius disseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus.*c.5.& 6.* ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra
7 profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.6. de pact.* quale est v.c. pactum donationis, *l.si quis.35.C.de donat.* item quo dos constituitur, *l.6.C.de dot.prom.* vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l.1.& passim, de pec.const. l. si tibi.17.§.2.de pact.l.1.de pign.act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tanquam pars eorum inesse creduntur, *l.7.§.5.de pact. l.13. C.eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, *l.fundi.79.de contr.empt.l.6.§. 1. de act. empt.l.11.C.de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat, quæ sunt κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promoveant, *d. l. 7. §. quinimo. 5. & seq. de pact.* & ibi comm.DD. *l. pacta. 72.de contr. empt.* Unde Jason aic, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maximè eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, ut videre est plerisque locis modo citatis. Qui autem contractus, cùm sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facile inesse & incorporari, ut sic loquar, non possunt, nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quàm quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l.5.§.interdum. 10.commod. l. 1. §. sæpe.35.depos. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, 8
l. Lucius. 24. & 2. seqq. depos. Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treud. *disp. de pact.thes.10.* putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l.si tibi.17.in pr.de pact. l.11.§.1.de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eamdem causam, & quia præterea stricti judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *l.3.C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. fœn. l. 12. C.de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis verò diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri, iisque inesse intelligerentur, *arg.l.lecta. 40. de rebus cred.* nec obstare *l.quicquid.99. de verb.obl.* Nam quod pacto stipulationi statim subjecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii,

cii, Busi, in *d. l.* 7. Donelli in *d. l. lecta* 40. & in *l.* 13. *C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est; quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l.* 7. §. *quinimmo*. 5. *d. l.* 13. *de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem juris esse? Sic cùm dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora.* 32. §. 2. *de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non in stricti juris judiciis, *l.* 3. *C. de usur.* Similiter cùm dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, *l.* 3. *de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solùm inesse, non etiam in strictis judiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, *l.* 9. *l. ult. C. de except.* Et certè ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta.* 40. cùm pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cùm in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam latè tuetur Goedd. *de cont. stipul. c.* 8. *concl.* 2. Nos susius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *c.* 9. *& seq.* VINN. Sed rem tamen clarissimam puto, si leges conferas. Hæ distinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat, e. g. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis *l.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit. *e. g.* si decem dem, ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur. *l.* 17. *ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta sive addant, sive detrahant obligationi, non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. V. C. Ger. Noodt *de Pact. & transact. cap.* 12. HEIN. Conventio non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur; quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæ conventiones speciès uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l.* 7. §. 1. & 2. Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ, etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, D. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 12. *n.* 3. Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur, *l.* 5. *per tot. l.* 8. *l.* 15. *de præscr. verb. l.* 6. *l. si pro profundo.* 33. *C. de transact. l.* 6. *C. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l.* 15. *de præscr. verb.* & negotium civile, *l.* 1. *de æstim. act.* id est, tale quod constituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est, ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas, *l.* 21. *C. de pact. l.* 28. *C. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l.* 19. *de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantùm obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expressè à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cùm hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cùm hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos verò hoc certo tenebimus, substan-

tiam

tiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus propriè si unus tantùm alteri, quàm si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l. 1. eod.* proposita, *item in l. 1. §. pen. de pact.*
10 Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in *d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cùm contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant, tamen neque in proprium nomen transeunt, nec caussam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *cohærentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quàm nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. etiam. 30. de usur. l. 12. C. eod. l. 6. C. de jur. dot.* Usu jam pridem receptum esse con-
11 stat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantùm meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cùm quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantùm, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est *c. 1. & c. 2. x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidē gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib. 5. comm. c. 1.* sed ei occurritur à D. Grot. *lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11.*

Aut re contrahitur aut verbis, &c.] T. nos [illegible] primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta à caussis obligationem ex contractu proximè constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris; id est, obligationem tum demum producunt, cùm vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l. 1. §. pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem, verba aut litteras requirunt, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur, nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & in unaquaque eminet.

Aut litteris] Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt, quàm harum trium, re, verbis, consensu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. C. de non. num. pec.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji *Inst. lib. 11. tit. 9. §. 12.* Alia hujus contractus vestigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. *de usufr.* qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omiserunt, eamdem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sanè multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba solemnia intercessisse, ex Theophilo *ad tit. Inst. de litt. obl.* patet. HEIN.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. tit. 3. C. Lib. 4. tit. 1. 23. & 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi? & quæ obligationes huc pertineant?

HOc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cùm aliquid ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Compositores, si pri-

primum commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est omissarum investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi; Obligatio re contrahitur, cùm datum aliquod aut factum ad consensum accedens [illegible] inducit. Rem enim [illegible] generaliter accipimus, ut & facta complectatur. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, [illegible] ex [illegible] quibus [illegible] mutuo, commodato, deposito, [illegible] nascuntur; sed [illegible] ex contractu [illegible] nasc[illegible], ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod [illegible] ad conventionem accesserit, *l.* [illegible] *l.* 3. *C. eod. l.* 7. § 2. *de pact. l.* 5. [illegible] diserteque Paulus in *d. l.* [illegible] *permut.* hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt veteres propriè & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cùm res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideoque solummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quo id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, huc retulisse, *l.* 1. §. 2. *cum* 4. *seqq. de obl. & act.* quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

vel in specie, ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & in mutuo tantundem præstent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.*

Certi condict.] Mutuum contractus est *unilateralis*; cum [illegible] solum obligans, qui mutuum accepit; atque inde una tantùm hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Sic stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, *l.* 6. & 7. *de novat.* ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l.* 9. *l.* 24. *de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2 *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur?*
3 *Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptibilibus?*
4 *Emendationem D. Salmasii in l.* 2. §. 2. *de reb. cred. non videri necessariam.*
5 *Forma hujus contractus propria.*
6 *Singularia quæ hic recepta.*
7 *Finis & effectus, tum consequentia.*
8 *Debitorem non prohiberi eamdem rem, quam accepit, in specie reddere.*
9 *Commodum æstimationis auctæ & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10 *In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11 *Speciale esse, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12 *Aucto aut deminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cum solvuntur, secundum comm.*
13 *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de substantia non esse.*
14 *Etymon mutui.*
15 *Duplexne sit, an una generalis certi condictio?*

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur] Ex Cajo *l.* 1. *de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cùm datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, *l.* 2. §. 3. *de reb. cred. l.* 1. §. 2. *de rer. perm. l.* 5. §. 2. *& seqq. l.* 8. *in fin. de præscr. verb.* & propriè cùm res tradita vel in genere, ut in mutuo,

MUtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita 1
dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, 2
puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur. l.* 2. §. 3. *de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quàm datum est obligatio contrahi possit, veluti si tibi decem dederim ut undecim reddas, non amplius quàm decem condici poterunt, *l.* 11. §. 1. *eod. tit. l. si tibi. 17. de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi-

bi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure [illegible] obligat, *per vulgat*. Planè si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia, ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l. 9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam [illegible] [illegible] [illegible]. Illud [illegible] mutuum [illegible] semper accipi [illegible] ipso contractu, [illegible] sæpe etiam [illegible] mutuo [illegible]: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata.

2 Non [illegible] res omnes, quæ appendi, numerari, &c. [illegible]: [illegible] nihil fere esset, in quo mutuum non [illegible]. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. Glo[ssa] in *l. 1. § vide. de reb. cred.* negat, panem ad numerum mutuo dari posse: quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. *in d. l. 2. §. 1.* sic distinguendum censet, ut si panes [illegible] [illegible] in civitate qu[illegible] [illegible]tatem habeant, id est, de[illegible] [illegible] [illegible], [illegible] in his mutuum [illegible]

3 ad numerum, sin minus, non nisi ad pond[us]. Ideo autem in [illegible] [illegible]bus duntaxat [illegible] [illegible] [illegible], *quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia [illegible] functionem eamdem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*; id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut [illegible] iisdem generis soluta, non aliud, sed idem, qu[o]d creditum est, videatur redditum; quod secus [illegible] [illegible] rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqu[illegible] [illegible], ut in suo genere solutæ, aliæ alia[rum] [illegible] fungantur, & mutuo tantumde[m] [illegible] [illegible] eoque [illegible] non eadem res, quæ accepta [illegible], [illegible] ejusdem generis redderetur, aliud pro alio [illegible], quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Doctissimus

4 Salmasius *lib. de usur. c. 1.* textum [illegible], & pro *functionem recipiunt*, reponit *instrumentum recipiunt*; ne bis idem dici videatur, [illegible] idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo, viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantumdem præstant, aut quorum alterum alterius vicem ex[plet], *l. 6. de reb. cred.* etiam ubi nulla int[er]venit sol[uti]o: veluti cum pignoribus fungi dicimur [illegible] satisdationis, *l. 7. de præt. stip.* vel [illegible] deditione fungi, *l. liber homo. 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. l. 5. de non. act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum

5 in specie redditur, restè dicatur fungi. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus posita consistit in ipsa mutui datione, sive dominii [illegible] in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit, *Quod de meo tuum fiat, d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Ex hoc autem [illegible] [illegible]mus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *d. l. 2. § pen. l. in omnibus. 55. l. de obl. & act.* junct. *l. si ego. 18. §. 1. de reb. cred.* Enim- 6 verò si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti no[mine] retineas, o[b]ligaberis mihi, quamvis [illegible] nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11. & l. 15. de reb. cred.* Quamquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negotia. 34. mand* vid. Cujac. *tract. 8. ad Afric. an.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata, præstet consumptio, *l. 11. in fin. & l. 11. seqq. l. 19. §. 1 de reb. cred. l. 17. de solut.* Finis est, ut is qui 7 rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2 de obl. & act.* quod ipsum natura obligationis utique continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l. 3. de reb. cred.* Ad [illegible] [illegible] quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, *§. 2. hoc tit. l. 1. §. 4 de obl. & act.* nimirum duplici de causa, tum quia regular[iter] [e]st, ut res pereat suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est; genus autem numquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.* Credit[ori] [ex] hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numeravdo, metiendo, &c.] Quod si v. c. obsignata [illegible] custodiendæ; naturam cujusque corporis [illegible], & tum depositum est.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. § [illegible] de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ex lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eamdem speciem, sed idem 8 genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic. 55. de solut.* Quid tamen

non

non eo pertinet, ut non liceat debitori eamdem speciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eamdem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maximè res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solùm hujus contractus obligatio exigit, Joan. Bart. *in d.l.2.n.3.*Zas.*n.9.*Don.*n.5.* Porro dum res redda-
9 tur ejusdem generis, eadeмque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam; quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l.vinum 22.de reb.cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quàm bonitate, Don. *ad d.l.3.n.5.& seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest, *arg.d.l.2.§.1.l.1.de rer.perm.* DD.comm.in *d.l.vinum.22.* Vvesemb. *par. de reb.*
10 *cred.num.12.* quamvis contrarium jus servet. Merul. *lib.4.dist.4.sect.3.tit.1.c.2.n.22* Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei gestæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi, in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit, &, si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit,
11 præstandum, *d. l. vinum. 22. l. ult. de cond. tritic. l. quoties. 59. de verb. obl. l 37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. creditorem. 99. de solut. arg. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. de verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum; cùm v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eamdem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quàm ex hominum instituto seu valore impositio. Id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quàm potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potiùs ipsius valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. c. 5. Pecuniam dicimus reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterùm ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet juxta responsum Pau-
12 li *d. l. creditorem. 99. de solut.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora intervenerit. Car. Molinæus *tract. de usur. n. 693. & seqq.* Hotom. *1. Illustr. quæst. 15.* Don. *ad d.l.3. de reb. cred. num. 10. & 11.* contendunt, tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cùm dabantur. Nimirùm nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere; ac proinde creditori non facere injuriam, qui eamdem æstimationem, quam accepit, reddit; tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cùm aureus valebat asses 50. reddantur autem, cùm singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses, reddit quantum accepit, & liberatur; & vi ipsum si imminuta sit ad eumdem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110. aut in singulos aureos asses 55. Bartolus verò in *l. Paulus. 101. de solut.* Bald. *in l. res in dotem. 24. de jur. dot.* Castr. *in lib. 3. de reb. cred.* & DD. comm. ut videre est apud Boer. *dec. 327.* contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cùm dabantur, sed quæ nunc est, cùm solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, sed solius æstimationis impositæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quàm quod publicè valet, vereor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris; quippe qui variatur pro diversitate materiæ: oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materiæ respondere; neque in bene constituta rep. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, nisi superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. Vid. Covar. *de vet. coll. numism. cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere, contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet, quod conqueratur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quàm ex-

quæ

qua cusi, qui dati sunt, puta, si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra interpp. pæne omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus, testibus Gail. 2. *obs.73.n.6. & 7.* Borcholr. *de feud. ad cap. un. quæ sunt regal. num. 61.* Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. *Polit.6.* quod mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia; eoque facit *l. 2. C. de vet. num.pot.lib.*11. Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa aut manente eadem materia, valor auctus sit: decrescunt electu materiæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositirius, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpissime judicatum est. Boer. *decis.*327. Ann.Robert.*lib.1.rer.jud.c.ult.*Mynf.4. *obs.* 1. Gail. *d. obs. num. 6. & seqq.*Borcholr. *ad d. c. un. quæ sunt regal. num. 58. & seqq.* Christin. *vol. 3. dec. 1.num. 2.*D. Jac. Coten. *decis.Cur.sup. Holl.* 23.

13 *Ejusdem naturæ & qualitatis*] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc.*c.6.vers.*34. δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentiale est, *l.2.de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l.3.eod.*Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeant. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino reddetetur, non mutuum, sed permutatio est, *l pen. C. de rer.perm.* sive contractus Do ut des, *l.5.§.1.de præscr. verb.* Posterius potest solvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solùm requiritur, ut debeatur idem genus, *d.l.2.arg.d.l.*3. junct. *d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit Gab. Mudæus *tract. de contr.empt. part. 5. n. 13. & seqq.* Phil. Matth. *ad* 17. *de reg. jur.* Bellon. 1. *supput. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Jurisconsulti in *d.l.2.§. 2.* allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4.de Ling. Lat.* à voce Sicula μοῖτον deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum est, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipsum videtur esse ex μοι & τ pro τοῦ. Grot.*Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib de usur.c.1.* Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, *d. l. 2. & passim. de reb. cred.*sed vide notata sub §.*ult.sup.quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *obs.* 37. à mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic.in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo: quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutare* à Siculo μοιτᾶν suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus est μονόπλευρος, ex uno tantùm latere obligationem pariens, non ultro citroque; nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem. De hac condictione magna est, licet non adeo 15 magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certis cõdictionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt Accurs.Bart. Castr. Jas. in *l.9 de reb. cred.*Cyn.Salic.ad *rubr.C.si cert. pet.* Posterius verò Ultramontanis visum est, qui unum duntaxat commune genus certi condictionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quàm quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per *l.24. de reb. cred. l. 5. §.4.de obl.& act.& d. l. 9. de reb. cred.* qui locus apertè ostendit, in genere unam esse certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali modo concludendi utendum sit, videlicet quia mutuavi: in cæteris verò speciebus, & condictione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cùm, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utorque in eo condictione certi,

concludere debeo, quia mihi legata, ut actio speciem futuræ litis demonstret, *arg. l. 3. C. de edend.* Zas. *ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq.* Don. *ibid. n. 4. & seq.* Goedd. *de contr. stipulat. c. 11. conclusion. 2.* VINN. Rectè quidem dicitur condictionem certi esse actionem generalem, quæ ex omnibus caussis, unde certum debetur, competit. Sed tamen quum mutuum sit contractus nominatus, cujus natura est, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu nascentis nomen est *actio mutui. l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præscr.* quemadmodum ex stipulatione *actio ex stipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cùm is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quàm contrahere.*

NOTÆ.

1. *Per errorem*] Rectè *per errorem*: nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, *l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donasse censetur, *l. 53. de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. *inf. de obl. quæ qu. ex contr. §. 6.*

Ac si mutuum accepisset] Quod Cajus sic expressit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus. l. 5. §. 3. de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obs. 34. & par. C. de cond. ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quod si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola condictione indebiti.

Non videtur ex contractu] Vid. *inf. de obl. quæ quas. ex contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PEr occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit Cujacius 8. *obser.* 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæterοquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tamquam debitum.

Condictitia actio] Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis. 14. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & seq. inf. de act.*

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus in *l. 5. §. 3. de obl. & act.* scribit, cum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui dumtaxat caussam refertur. Enim verò & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictione certi*: cæterum pro caussæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species conditionis certi, *condictio ex mutuo*, & *condictio indebiti*: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti; siquidem mutuum earum tantùm rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis caussæ video, cur solutionem indebiti *promutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l. 59. de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale est, *l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol. exc.*

Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine reperita est, *tit. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipsa*

ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.*] Ex Cajo *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Re ipsa restituenda] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c. Tum quia res regulariter perit suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Modo alius diligentior] Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cùm quis alias mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam. Excipe species in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. præc. commod.*

Nulla mercede] Commodare enim officii est & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario?*
2 *Contractuum quosdam esse μονοπλευρους, quosdam διπλευρους, alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari; casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent: & qui isti casus?*
6 *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis?*
7 *Culpa quid & quotuplex? plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?*
9 *Quid culpa levis?*
10 *Quid levissima? ubi & alia minus trita.*
11 *Latam culpam non minus, quàm dolum, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12 *Qui contractus dolum duntaxat recipiant? qui verò & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?*
13 *Positivos*, exactus, diligens *sæpe pro superlativis*, exactissimus, diligentissimus, *in hac disputatione poni, & contra.*
14 *Quam culpam præstet commodatarius?*
15 *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur?*
16 *Commodatum propriè nullum nisi gratuitum.*

SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc tit.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendam dare. Est rem utendam dare: proinde non tantùm res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l. 1. §. 1. commod. l. 17 in pr. de præscr. verb.* 1 Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantùm accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus, *l. 8. ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodati non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin. 5. commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmas. *cap. 7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cùm videtur, revocare liceat, etiam tunc cùm ad certum tempus datum est; commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, *l. 1. l. 2. l. 12 de precar. junct. l. in commodato. 17. §. 3. commod.* Et quia precarium numquam transit in

necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l.14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen cessat, cùm quis de re sibi restituenda cautum habet, *l.15.§.3. de precar.* & tunc aget precatio dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l.2.§ 2.l.19.§.ult. cod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur possessio rei precario rogatæ. vid. *l.15.§.1.l. qui exceptionem. 40 §.1. de condict. indeb.* Planè ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendum dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l. 1. §.3. de obl. & act.*

Commodati actione] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela; de quibus inf. suis locis. Nimirum, quod
2 hic notandum est, contractuum quidam sunt *μονόπλευροι*, qui ex uno tantùm latere obligant: quidam *δίπλευροι*, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur: quamvis & hi inter *δίπλευρους* numerentur, *sup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantùm latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant; sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato.17.§.3.in rebus.18.§. 2.l.pen.commod.l.si servus.31.de pign. act.l.5. depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pigneratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ verò ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantē, deponentem, debitorem, *contraria* dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra*, &c. Idem quoque usu venit in mandato, & quasi contractibus mādaro similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l. 5. pr. & §. 1. de obl. & act.* Contrariæ actiones præter pecuniariam commendationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantùm de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l. 5. depos. l.6. in fin. de his qui notant. infam. §. pen. infr. de pœn. temere litigant.* VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, *l.6.§.5.ff. de his qui not. infamia.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Cajo 3
l.1 §.4. de obl. & act. duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis; is verò qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l.8.& seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est: commodatarius verò liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. de verb. obl.*

Sanè quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantùm, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in *ṫ.* est *l. contractus. 23. de reg. jur. l.5. §.2. commod.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1.§.2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d l.5.§.2. commod. d.l.23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cùm talis conventio sit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d.l.23. de reg. jur. l. 1. §. illud. 7. depos. l. si unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Planè de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l. 7. §. si paciscar. 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur, *d. l.23. de reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nulla bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 5. de*

verb. cred. sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum. Nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene Don. *ad d. l. 6. num. 21.* Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus. 18. commod. l. ex conducto. 15. §. 2. locat. d. l. 6. C. de pignor. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces. 25. §. vis major. 6. locat. l. 1. §. 4. de obl. & act.* item factum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum simil.* Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. C. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maximè levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. ca. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro soc. l. 14. §. qualis. 16 de furt. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe. 35. depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem duodecim tabb. *Casu*, inquit, id est negligentia, *l. 9. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium. 28. §. incendiarii. 12. vers. nam fortuita. de pœn.* & ita cape *l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεοῦ βίαν, *l. si merces. 25. §. vis major. 6. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt, *d. l. 23 de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos. 19. commod. l. si ea. 31. de act. empt. l.*
5 *sed de damno. 41. locat.* Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta, *l. cum duobus. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinsecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod verò incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. *2. obs. 21.* Sande *lib. 3. tit. 6. num. 9.* Fachin. *1. cont. 87.* Don. *ad l. 6. C. de pignor. act. num. 6. & 3. seqq.* Sichard. *ibid. num. 4.* Moller. *4. semestr. 31.* D. Tuld. *in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap. 8.* Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est; 6
ubi nihil amplius debitori objicitur, quàm casus fortuitus: cessat autem, si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam: Si res debita post moram à debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. l. nemo. 82. §. 1. l. si servum. 91. §. 3. eod.* add. Christin. *volum. 2. dec. 117.* Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 23. de reg. jur. l. 1. C. depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur. Culpam definio omne factum in- 7
consultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, *l. si servum 91. pr. de verb. oblig.* sicut è contrario & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsultè quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετος. A casu fortuito, quia quod considerate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *§. seq. hoc tit. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. socius. socio. 72. pro soc. l. cedere diem. 213. §. ultim. de verb. sign.* Græcis ῥᾳθυμία. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quàm id factum, quod alii non nocet; *l. Gracchus. 4. C. ad leg. Jul. de adult.* Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην, item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. vid. Scholiast. Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Latam culpam è regione oppo-

8 nimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent: aut id factum in re aliena; quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, *dict. l. cedere diem. 213. § ultim. l. latæ. 223. de verbor. sign. l. quod Nerva. 32. depos. l. penult. §. 2. de jure & fact. ign.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit: aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur; credens neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *l. mulierc 12. §. 3. ad Sen. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque ictu prætereuntem interficit, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in *l. 8. §. ultim. & l. 29. §. 3. mand.* In summa, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *d. l. 32. depos.* gravior, *l. homo liber. 54. §. 2. de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *l. magna. 226. de verber. sign. l. 7. §. 2. de adm. tut. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 29. princ. mand. l. cum sex. 55. de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor.* & passim per periphrasim culpa dolo proxima; *l. 4. de mag. conv. l. cum res. 47. §. pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum*
9 *similibus.* Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *argum. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterfam. non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. famil. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de jur. dot. l. socius socio. 72. pro soc. l. 21. §. 3. ad Trebell.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quàm in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus è multis, sed qualem magna pars patrumfam. *l. quod sæpe. 35. §. si res. 4. de contr. emp. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quàm ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset. *l. 11. de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, *l. imperitia. 132. de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam, *l. 9. § 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet, quodcumque à diligente provideri potuit, *l. si putator. 31. ad leg. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum culpæ absolutè ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. gest. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. socius socio 72 pro soc. l. in rebus. 17. de jur. dot. l. 5. l. 8. C. de pign. act. cum simil.* Levissimam culpam 10
opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfam. suis rebus adhibet, *l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. l. 3. de peric. & comm. rei vend. §. 1. inf. de obl. quæ quasi ex contr.* aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita damnum, quod illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d. §. 1. in fin. inf. de obl. quæ qu. ex cont. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. infr. de societ.* Exempli gratia, non carebit culpa levissima si quis fenestras versus publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in lege. 44. ad leg Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentiæ aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res. 47. §. pen. de legat. 1.* Etsi verò non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus, certis terminis circumscribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib. 1. tract. crim. cap. 6.* & Pet. Fab. *ad. l. contractus. 23. de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap. 8.* cùm varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quàm ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium Judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse; iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, 11
perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo apertè distinguitur, *l. 22. § 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Corn. de sic. l. tutori. 20. C. de neg. gest. l. 7. C. arbitr.* sed quia pro-

pe

pe fraudem ac dolum accedit, *l. si fidejussor.* 29. *mand. l.* 7. §. 1. *de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l. quod Nerva.* 31. *depos. l.* 226. *de verb. sign.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l.* 5. §. *dolum.* 15. *ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *l.* 1. §. *is quoque.* 5. *de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim est distinctio Zasii inter latam culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet Mynsi. *in* §. *suspectus.* 6. *sup. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam dolus, quam malitia? quid latinis *versutus* aliud, quam homo callidus, qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species verrit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiã lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum, dumtaxat,* &c. *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. *ult. depos. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 8. §. 3. *de prec. l. servus.* 108. §. *cum quidam.* 12. *de legat.* 1. §. *seq. hoc tit.* cum similibus. Atque hoc etiam procedit in caussis famosis, & nonnumquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l.* 11. §. *ult. de his qui notantur infam. l.* 7. §. 1. *de susp. tut. l.* 1. §. 2 *si is qui test. lib. l. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in caussis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per *l.* 3. *cum* 2. *seqq. de serv. corrupt. l. in furti.* 50. §. *ult. de furt.* add: quæ nos sub § *suspectus.* 6. *de susp. tut. lib.* 1. *tit. ult.* Planè in caussis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l.* 3. §. 2. *d. tit. l. si quis.* 38. §. *qui abortionis.* 5. *de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente, plerumque nec delictum est; veraque malitia in his requiritur; ut verba quoque propriè ac naturaliter accipienda sint, non fictè aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam dumtaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui do-
1 lum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantùm recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariè rei præstatione nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitoris officium est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi verò utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod verò utilitatem ejus dumtaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, *l.* 5. §. 2. *l.* 10. *l. in rebus.* 18. *commod. l. in navem.* 31. *circa fin. locat.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis; *dict. l.* 10. §. 1. *commod. l.* 17. §. 1. & 2. *de præscr. verbor.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. servus.* 108. §. *cum quid.* 12. *de legat.* 1. junct. *l. cum res.* 47. §. *pen. eodem. l. mulier.* 22. §. 3. *ad Trebell.* Quod verò ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantùm coercetur, id specialem rationem habet, *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l.* 23. *de reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantùm; nec minus, nec plus, quàm quod placitum est, præstabitur, *l.* 1. §. *si convenit.* 6. *depos. l.* 1. *C. eod. l.* 5. §. *interdum.* 10. *commod.* Possunt verò & sine conventione justæ caussæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, *l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 7. *C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cùm dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret; quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, *l.* 1. §. *sæpe.* 35. *depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, *l.* 11. *de neg. gest.* §. 1. *in fin. inf. de obl. quæ quasi ex contr. l.* 23. *de reg. jur. l.* 13. *l. in re.* 21. *C. mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cùm enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cùm dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnũ, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *d. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cajus *l. in rebus. 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet*: Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodienda res*
13 *præstare compelli*, *l. 1. §. 4. de obl. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem planè sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. C. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. §. custodiam. 5. commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, *l. heres. 25. §. non tantum. 16. fam. erc.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnumquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua dumtaxat gratia, quod interdum fit, commodâsse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l. 5. § interdum. 10. commod.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus. 18. in fin. pr. eod.*

14 *Si modò alius diligentior*] Hinc tria elicimus. 1. & si commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cùm alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summè diligens, nihil amplius ab eo exigi, quàm ut eamdem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cùm major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed naturâ in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quàm in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus. 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat; quale est commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l. 6. 1. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipsius culpa] Culpa abesse intelligitur, 15 si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *d. l. 18. commod. d. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l. 10. l. ult. commod.*

Si nulla mercede] Commodatum nisi gratuito 16 non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, *l. in commodato. 17. § 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. § ult. mand.* Cùm igitur merces pro usu rei datur aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, *§. 2. inf. locat. l. si polienda. 22. de præscr. verb.*

TEXTUS.

De deposito.

1. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, idest, desidia ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.*

NOTÆ.

3. *Actione depositi*] Directa; nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l. 5. pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur] Extra quam si convenerit, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depos.* quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. cum simil.*

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili?*
2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?*
3 *Ad quid depositarius teneatur?*

1 TErtia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l. 1. depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius. 24. eod. l. commendare. 186. de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius. 24. & seq. §. 1. eod.* In quo depositum differt à commodato, *l. 3. §. ult. commod.* An verò quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depositum in his consistere possit, quæritur DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l. 1. depos.* num quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l. 5. §. sed si 4. de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l. 5. & seq. l. licet. 17. depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. arg. l. un. C. de proh. seq. pec. cap. 1. de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, rectè deponi dicitur, cùm ea à litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cùm ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. Lucius. 24. depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse desinit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l. 1. §. si vestimenta. 8. & §. seq. depos.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utramque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodiæ, an custodiæ commendationi mandatum de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam caussam habent ex principali, à quo incipiunt, judicantur, *l. 1. §. 13. ff. depos. vel contra.* Conf. V. C. A. A. Pagenstech. *Sicilim. part. 1. §. 92. p. 182.* HEIN.

Re obligatur] *L. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni, apud alium oportet, eaque tradita initium obligationis præbet.

Tenetur que actione depositi] Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest,
l. 5. depos. Potest verò is, qui deposuit, quo- 2
vis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l. 1. §. propen. & penult. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *l. 5. §. 2. eod.* ut bene Castr. in *dict. l. 1. §. propen. & penult.* & Costal. *ibid.* Vitiosa enim est quorumdam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cùm totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est; quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, *l. in commodato. 17. §. 3. commod.*

De ea re restituenda] In specie qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed apertè hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantùmdem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius. 24. cum ll. seqq. l. si sacculum. 29. §. 1. depos.*

Si quid dolo] In deposito nullum commo-
dum est depositarii: quin onus potius est, rem 3
alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. si fine. 20. depos. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. contractus. 23. de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantùm mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *l. quod Nerva. 32. depos. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. 1. C. depos.*

Culpæ nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ] Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, *§. praeced.* probatum est: quod hic locus confirmat, &, unde desumptus est, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item l. 72. pro soc.*

&

& §. *ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviorem non præstat, extra quam si in deposito convenerit, ut ea quoque præstetur, *l. 1. §. si convenerit. 6. depos.* aut si ultro se deposito obtulerit, *d. l. 1. §. sæpe. 35. eod.*

Furto amiserit] Furtum plerumque cum culpa patrisf. rem suam non bene custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest *l. 14. §. idem. 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholiastes ad Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva. 32. depos.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. inf. de societ.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

4. *Exactam diligentiam*] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translatitium autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito casu] *l. 6. C. de pign. act.* Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, *§. 1. inf. de locat. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Pignoris varia significatio.*
2 *Etiam sola conventione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*
3 *Quando actio pigneratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria?*
4 *Ad quid creditor pigneratitius teneatur?*
5 *In actione pigneratitia levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

QUarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. *item Serviana. 7. inf. de act. tit. 1. & C. de dist. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit; ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pigneris. 17. de pign. & Serviana. 7. inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, neque de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur: sed de conventionali dumtaxat; adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca: nam *pignus* & *hypotheca* sic fere distingui solent; ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem, hypotheca, cum res apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. de pign. act.*

1.

2

Re obligatur] Obligationi pigneratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, *l. 1. de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pigneratitia] Directa scilicet; quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. debitor. 40. §. ult. de*

de pign. act. l. 1. cum 2. & seqq. C. eod. & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l. 9.*
3 *§§. eod.* Creditori verò & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, *l. 8. eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d. §. Serviana. 7. inst. de act. l. pigneris. 17. de pign.* at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem; & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. rem alienam: 41. de pign. act.* & aliis locis.

4 *Sufficere si exactam diligentiam*] Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l. 5. §. 2. commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et verò nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eamdem à debitore diligentiam requiramus; quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat quàm ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quàm verbi causa à commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantùm dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit præstetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantùm sit necesse est. Hoc idem planè confirmat Cajus *l. In rebus. 18. in fin. pr. commod.* ubi disertè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expressè refertur & ab Ulpiano, *d. l. 5. §. 2. commod.* & à Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cùm absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere; & secundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. est præterea. 5. de reb. auct. jud. poss.* Hoc autem modo cùm nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est. Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus; ut levem tantùm, *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscurè hic indicat Justinianus, cùm ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur; infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quàm à depositario, minus autem, quàm ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *d. l. 5. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negocium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, cum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ult. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo, ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quàm in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigitur, quæ pæne modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte è multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit, *l. 14. de pign. act.* Quamquam fatendum est, incommodè hanc speciem diligentiæ exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantùm casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l. 5. C. de pign. act. l. in judicio. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus,

quo

quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjunguntur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act. l. contractus.* 23. *de reg. jur.*. Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. quod sæpe.* 35. §. *si res.*4. *de cont. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l.* 13. §. *ultim. de pign. act.* & *d. l.* 19. *C. de pignor.* VINN. Immo omnes *legis.* 13. §. *ult. ff. de pign. act.* tenebras discussisse videtur V. C. Ger. Noodt. *Probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una literula & interpunctionibus leviter immutatus legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* HEIN.

Aliquo fortuito casu] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus*, 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis.* 6. *C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit, casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 38.

1 *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures causæ, quàm stipulatio?*
3 *Pomponia stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Usus stipulationum quàm varius jure civili?*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde?*

1 EXposita est prima species obligationum, quæ cùm ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde illæ verborum, hæc litterarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Litterarum obligatio brevius perstringitur, *tit.* 22.

2 Verborum obligatio, si Cajo *lib.* 2. *tit.* 9. credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione; aut interrogatione non præcedente, uno que tantùm loquente, aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verùm in corpore juris nostri uno tantùm modo contrahi verborum obligationem legimus, cùm præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in pr. l.* 1. §. *verbis.* 7. *de obl. & act. l. obligamur.* 52. §. 2. *eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quàm stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abunde probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* VINN. Verum quidem in jure nostro unum occurrere contractum verbalium genus puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat fuisse plura, imprimis dotis dictionem & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & caussam habuisse videntur, verba puta solennia, & cognomines produxisse actiones, v. g. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jurejurando &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exstare passus est Tribonianus. Immo ubi quid exstitit, ibi leges mutavit, veluti *l.* 25. *l.* 44. §. 1. *l.* 46. §. 1. *l.* 57. *l.* 59. *ff. de jur. dot.* Jurisjurandi à libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio; sed nec illud tamen nunc forte admodum frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l.* 3. *pr. l.* 5. *ff. de op. libert. l.* 44. *pr. ff. de liber. causs.* HEIN. Est autem μονόπλευρος tan-
tummodo obligans respondentem. A Pompo- 3
nio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet*, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Verùm Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantùm seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut qui ex consensu verbis declarato obligetur; tamen à simplicitate illius juris alienus est, ad substantiam alicujus actus exi-

exigere certam conceptamve verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscurè innuit *l. 1. locat.* facit item *l. si ita. 126. §. 2. verf. supereſt. de verb. obl.* add. Joan. Gœed. *de contr. & commiſſ. ſtip. cap. 2. concl. 1.*

4 Stipulationum uſus jure civili maximus eſt 1 ne quis putet, hanc ſpeciem conventionis fruſtra inductam eſſe. Quotieſcumque enim, quod in multis cauſis eſt opus ſine re ac litteris obligationem conſtitui volumus, neceſſe eſt ad obligandum promiſſorem ſtipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promiſſum & ſermo ſæpe inconſultus magis, quàm ex voluntate proficiſcens neceſſitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum cauſa: ſed excogitata eſt conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum ſignum eſſe voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem ſtipulationem dixerunt. Itaque ſtipulationum uſus non tantùm utilis eſt, verùm etiam neceſſarius in fidejuſſoribus conſtituendis, *inſ. de fidejuſſ.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de novat.* interdum & in uſuris, quas nobis præſtari volumus, ut in ſtrictis judiciis, *l. 3. C. de uſur.* Sed & ſtipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre eſt tum in pactionibus nudis: quæ cùm per ſe jure civili infirmæ ſint ad producendam actionem, ſtipulatione muniendæ ſunt, *l. diviſionis. 45. de pact. l. petens. 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm.* Paulus *2. ſent. 22.* *Omnibus pactis*, inquit, *ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*: tum etiam in contractibus juris gentium: ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam ſtipulatio utiliter accedit, ut & firmior ſit obligatio, & certior ratione præſtationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de uſur. l. quicquid. 99. de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum noviſſima parte ſubjici etiam ſtipulatio ſolet, *l. Titia. 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum ſunt communia, ea ſub *tit. de verb. obl.* tamquam in Pandectæ tractantur, & ſtipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, ſtipulationem non eſſe contractum, qui per ſe conſiſtat, ſed alterius obligationis ſive civilis ſive naturalis acceſſionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. verſ. conventionales. h. t.* id DD. communiter ſic exprimunt, ut dicant, ſtipulationem non ſubſiſtere, quæ cauſam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita ſit. Et rectè. Nam cùm ſtipulatio non habeat certam & de-
5 terminatam naturam, ut contractus cæteri, ſed ex variis cauſis, ſæpe etiam ex injuſtis interponantur, merito requiritur, ut, ſi eam valere volumus, de cauſa, propter quam interpoſita ſit, conſtet: quod ex eo ſolo intelligi non poteſt, quod quis ſimpliciter dicatur ſtipulanti promiſiſſe. Enimverò in cauſa donationis, ut ſubſiſtat promiſſio, non eſt neceſſe antecedere aliquid actum donationis, ſed ſatis eſt, ſtipulatione ipſa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure. 29. de donat.* Illud tamen addendum, ſummo adhuc jure ex ſtipulatione ſine cauſa naſci actionem, ſed inefficacem eam reddi oppoſita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. ſi quis. 36. hoc tit.* Gloſſ. & Bart. *in d. l. 2. §. 3.* Gomez. *2. var. reſol. 11. num. 3.* quem perperam reprehendit Suarez. *in annot.*

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, cùm quid dari fierive nobis ſtipulamur: ex qua duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio, quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

NOTÆ.

Ex ſtipulatu] Quæ in ſpecie & τεχνικῶς ex ſtipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex ſtipulatu, *l. 4. de uſur.* Cæterum generaliter & κοινῶς etiam rem certam ex ſtipulatu petentes, ex ſtipulatu agere dicuntur, *l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro ſoc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

Si incerta ſit] Exempla incertæ ſtipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa ſtipulatio incerta non eſt, *Triticum, quod in illo horreo eſt, dare ſpondes? d. l. 75.* fac. *l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de cont. empt.* Itaque non leviter hìc errat Theop. Quod ſi id, quod in obligationem deductum eſt, nullos certos fines habet, aut ad viliſſimum deduci poteſt, ſtipulatio inutilis eſt: veluti ſi fundus ſine demonſtratione promiſſus, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum ſine deſignatione menſuræ, *l. 94. & ſeq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

Stipulum apud veteres firmum] Hanc nominis rationem reddit & Paul. *5. ſent. 7.* & probat doctiſſimus Salmaſ. *de uſur. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Verbo ſtipulationis non interrogationem tantùm, ſed etiam reſponſionem, & ita totum contractum ſignificari.*
2 *Etiam eum ex ſtipulatu agere dici, qui certum ex ſtipulatione petit: & quando incerti titulo ſtipulationem vitiet?*
3 *Stipulationis vera originatio.*

EX *interrogatione & reſponſione*] Verborum obligatio naſcitur ex interrogatione & reſpon-

ſpon-

sponsione, *l. 1. §. verbis. 7. l. obligamur. 52. §. 1. de obl. act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio à veteribus dicta est, *l. 5. §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi (nam *stipulari* is dicitur, qui interrogat; alter *promittere*, *spondere*; interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessariam consequentiam, qua posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes ἐπερώτησιν reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat: & intelligat quædam responsionis propria, veluti, ut qui respondet, illico id faciat; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

Dari fierive] His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solùm res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones] Justinianus hoc passim & rectè observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & condictio triticiaria: quippe quæ si causam excipias pecuniæ numeratæ, generalis est, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, exterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. si quis. 24. de reb. cred.* dixi plura *sub pr. tit. præced.*

Si certa sit stipulatio] Certa stipulatio hìc non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat, incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationem. 74. & l. seq. hoc tit.*

2 *Ex stipulatu*] Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur, quod hìc expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, *l. inter. 83. §. si rem. 6. hoc tit. l. quod si. 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia. 28. de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l. 24. de reb. cred.* eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere, nimirum non habere eum actionem, quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l 4. pr. de usur.* VINN. Ita quidem usu invaluerat ut si certum peteretur, actio vocaretur condictio certi: sin incertum, condictio ex stipulatu: sed quia contractus nominatus producere soleat cognominem actionem, satis adparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verùm etiam si certum petatur. Exemplum est in *l. 83. §. 6. ff. de V. O. l. 42. ff. pro soc. & alibi passim*. Nihil novi est, nomen generis uni speciei hærere. Non tam τεχνικόν τι hìc deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est & vis & norma loquendi. Quia priorem actionem *condictionem certi* vocabant pragmatici, hinc commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu*. HEIN.

Si incerta sit] Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sanè aliquando interest etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco: an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illuc stipulatio non consistit, *l. triticum. 94. cum seq. l. ita stipulatus. 115. in pr. hoc tit.* hìc contra, vid. *sup. §. si generaliter. 22. de legat.*

Quod stipulum apud veteres firmum.] Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus 3
5. sent. 7. quam & D. Hotomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 6.* Varro autem *lib. 4. de lingua*, cui fere & Festus consentit, à *stipe* deducit. *Stipem* autem à *stipando* dictam scribit, eo quod veteres, cùm ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum *lib. 5. c. 24.* reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse à *stipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas*: quod unde sumpserit, nescio.

Forte à stipite] Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιφρῷ, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cùm & Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στελέχους, *à stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στιφλὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στιφρὸν, *firmum*, *solidum*. D. Salmas. *d. loc.*

TIT-

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt;* Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat, quibuscumque tamdem verbis expressum est.*

NOTÆ.

1. *Utrum latina, an græca*] *l.* 1. §. *ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l.* 8. §. *ultim. de accept.*

Hæc solemnia verba] Quæ etiam directa, *l.* 10. *C. de contr. stip.* civilia, & legitima, quibus opponuntur vulgaria, *l.* 16. *de fideic. lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur?*
2 *Consectaria aliquot inde deducta.*
3 *Ut alia lingua quàm Latina stipulatio fieri possit, à Sabino inductum videri.*
4 *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

OLim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. §. 1. *hoc*
1 *tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio à Leone postea sublata est, *l.* 10. *C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l.* 1. *pr* §. 1. & 2. *l. inter.* 83. §. 1. *l. continuus.* 137. *hoc tit. l* 7. §.
2 *quod ferè.* 12. *de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l.* 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* §. *mutum.* 7. *inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse, sed nec posse in scriptis, licet partes præsentes sint: quamvis secus sentiat Vvesembecius. Utitur ille argum. *l. optimam.* 14. *C. hoc tit. & l. non figura.* 38. *de obl. & action.* Verùm neutra id quod vult probat: sed illa hoc tantùm, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque rectè factam, *l. sciendum.* 30. *hoc tit.* §. *si scriptum.* 16. *inf. de inut. stip.* §. *ultim. inf. de fideicomm.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quàm quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum è converso cùm scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, *l. contract.* 17. *C. de fid. instrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantùm nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantùm. Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per literas respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea.* 5. *de inut. stip.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, *l. continuus.* 137. *princip. hoc tit.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus.* 137. *hoc tit. l.* 12. *princ. de duob. reis.* quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*. His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* VINN. Atqui si *l.* 12. *pr. ff. de duob. reis.* pro *prolutus* legas *Proculus*, tunc verbum deerit e. g. *putat*, *scribit*, vel simile, quod, si additur, emendatio erit paullo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat quæstio, ut JCtos ea in re dissensisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolutus*, quod manifesto mendosum, legit *probatur*. HEIN.

Talia verba tradita] Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *polliceor*, aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum

sit,

sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni?* *l.* 1. §. 2. *hoc tit.*

Latina an Græca lingua] Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis usos fuisse,
3 ac proinde non nisi Latinis. Sed cùm stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea verò sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *l.* 8. §. *ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *l.* 10. *C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores
4 verò hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quàm ex stipulatione, sive hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cùm hodie stipulationis non major vis sit, quàm cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quàm stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. *res.* 9. *n.* 3 & 11. *n.* 3. Gudelin. *lib.* 3. *de jur. nov. c.* 5. Christin. *vol.* 2. *dec.* 91. Grot. 3. *manuduct.* 1. D. Tuld. *comm. hic. cap.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè, veluti,* Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti,* Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quàm dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

2. *Peti prius, &c. non potest*] *l.* 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 42. *h. t. l.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l.* 213. *de verb. sign.* quo respiciens Ulpian. *l.* 41. §. 1. *hoc t.* ait, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti possit.

Arbitrio solventis] Quoniam adjectio diei pro reo est, *d. l.* 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, *l.* 50. *de obl. & act. l.* 70. *de solut. l.* 38. §. 16. *hoc tit.* nisi forte dies creditoris gratia adjectus, *l.* 17. *de reg. jur.* ut in *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. §. 3. *de usufr.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum, & expositus* §. ult. inf. de inutil. stip.
2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic intersit inter legata & stipulationem?*
3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*
4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recusanti?*
5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit?*
6 *Explicatio* l. 73. de verb. obl.
7 *Formula quædam ejusdem efficaciæ, & alia notatu digna.*

Divisio stipulationis à diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quàm ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l.* 1. §. *si depositum.* 45. & §. *seq. depos.*

Idque confestim peti potest] Puræ stipulationis 1
dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere.* 213. *de verb. sign.* hoc est, id quod purè promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. eum qui.* 41. §. 1. *l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *l. liber homo.* 118. §. 1. *h. t. l.* 14. *de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. cedere.* 213. *d. l. liber homo.* 118. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis: eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cùm tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complecta-

ctatur, quæ huc non pertinet, *l. interdum. 73. hoc tit.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in *§. ult. inf. de inut. stip. eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur solutionem, & executionem obligationis referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. continuus. 137. §. illud. 4. hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l. liber homo. 118. §. 1. eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum sacco venire creditorem, *arg. quod dicimus. 105. de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quàm qui negat & convictus condemnatur, *l. ex judicatum. 16. jud. solv.* junct. *l. si debitori. 21. de judic.* Don. ad *l. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, *arg. l. in fraudem. 45. §. fiscalibus. 10. de jur. fisc.* Et sanè nec præcisè tempus judicati servare magistratus cogitur, *l. 2. de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit. 2. cent. 1. cas. 27.* Dura autem nimis est Cujacii in *d. l. 41.* & Timæi Fabri *disp. anniv. 23.* sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

2 *Cùm adjecto die*] Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hìc certum acciprre debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an extiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cùm Titius uxorem duxerit?* aut *cum Titius pubes factus erit? l. si dies. 21. & l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud dumtaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, extiturum esse: veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cùm moriar*, aut *cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hæres meus cùm morietur decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Sin verò ita, *cùm ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l. 1. §. 2. l. hæred. 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg.* Sed non est talis legati, *Hæres meus cùm morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cùm morieris decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cùm hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione verò hæc adjectio, *cùm morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, *§. 4. inf. eod.* Unum etiam genus diei planè incerti contractum condictionalem non facit, nempe in hac oratione, *cùm petiero dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius, quàm petiero, non videtur defecisse conditio, *l. si decem. 48. h. t.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verùm ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus à quo. Quod 3
si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes?* aut, *Quoad vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act. l. cum qui. 56. §. qui ita. 4. h. t.* vide quæ sub § *seq.* Porro dies vel apertè adjicitur, ut in formulis usitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, post biennium*: vel tacitè stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, *l. 14. l. continuus. 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. loca. 5. inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. stipulatio. 38. §. inter. 16. l. centesimis. 46. hoc tit. l. cedere. 213. de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositivè nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de cond. & demonst.* Quid ergo est, quod Ulpianus in *l. cum qui. 41. §. 1. hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis 4

effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l. 10. de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peri possit, *l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat, *l. quod quis. 50. de obl. & act. l. quod certa. 70. de solut. l. stipulatio. 38. §. inter. 16. l. continuus. 137. §. 2. hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. C. de solut.* Nam cùm diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l. 41. §. 1. eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *d. l. stipulatio. 38. & d. l. quod certa. 70.* Et verò quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item. 18. de pec. constit.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat *l. si soluturus. 39. de solut.* numquam enim obtinebitur: importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guillel. Masium dissentire, *lib. 1. sing. opin. cap. 4.* cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l. 2. quod cert. loc. l. qui Romæ. 122. pr. hoc tit.* facit *l. 15. de ann. legat. l. 17. de reg. jur.* Don. in *d. l. 41. §. 1. n. 47. & seq.* D. Tulden. *comm. hic. cap. 12.*

Peti prius, quàm dies venerit] Quod in diem debetur, sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. certi. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens. 24. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex ca. in poss. l. cedere. 213. de verb. sign. l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc anno. 42. l. interdum. 73. l. existimo. 98. §. 1. hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus
5 statim agi possit. Cæterum non levis quæstio est, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum, *agi, peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur: an verò sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitionis submoveatur? Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *d. l. un.* & Gomez 2. *res. 11. n. 21.* Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, *§. temporales. 10. inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmaturè, malè, & perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies usf. leg. ced. l. liber homo. 118. §. 1. h. t. l. 2. §. qui ita. 6. de eo quod cert. loc. & tempore plus petere, §. si quis. 33. inf. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, is non *malè agere*, sed *inutiliter*, *l. bovem. 43. §. pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere* dicitur, *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi purè factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clarè arguit *d. §. temporales. 10. inf. de except.* & frigidè contra disputat Donel. ad *l. 41. §. 1. n. 41. & 2. seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantùm efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantùm, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere è voluntate contrahentium, *l. 5. C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non omnis. 19. de reb. cred.* ut proinde cùm debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus *l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. *hic.* Magis obstat *l. interdum. 73. h. t.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non antecedere diem*, &c. An dicimus, aliud juris esse, cùm dies tacitè inest, aliud cùm apertè adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l. 73.* confusim proponuntur, non unam eamdemque esse rationem? Sanè enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eamdem tamen habent omnes, sed aliæ ex tacita conditione, ut stipulatio operarum: aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die dumtaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere*, commodè explicentur, in certissima juris principia 6

cipia

cipia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci & simul actionem quoad habitum & actum primum; sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid intersit, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub tit. de except.* Vinn. Non solùm in *l. 73. ff. de V. O.* sed & in *l. 72. §. ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem: *Planè* inquit Ulpianus, *si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec insulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit. Sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur: diesque obligationi cedit.* Quæ sanè repugnare videntur *l. 14. & l. 84. ff. eod.* ubi post aliquod temporis intervallum, intra quod insula confici & absolvi potuerit, actio nasci dicitur. Sed non repugnant. Verè enim agi potest, ubi mora fit faciendæ insulæ, quod promissor insulam justo tempore non inchoaverit, ad id, quod interest, moram factam non fuisse. Elapso autem tanto temporis spatio, intra quod probabiliter insula fieri potuisset, agitur ad id quod interest: insulam perfectam fuisse. Eodem modo explicanda videtur *l. 137. §. 3. ff. eod.* uti rectè observavit Harpprecht. ad *Inst. h. t. h. §. n. 5.* Hein.

Ne eo quidem ipso die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cùm dies stipulatione comprehensus venit; sed cùm in dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest: non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem. 213. de verb. sign.*

Totus arbitrio solventis] Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l. 41. §. 1. h. t. l. 17. de reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes prætererint, stipulator non rectè agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non rectè petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l. qui hoc. 42. hoc tit. §. ult. infr. de inut. stip.* Planè si quis ita stipuletur, *hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l. liber homo. 118. §. 1. eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipula

7 tio, *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas, post biennium, post nundinas?* non prius rectè peti potest, quàm Calendæ, biennium, nundinæ prætererint; ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l. 13. l. 41. cum l. seq. l. eum qui. 56. §. qui ita. 5. l. 138. eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, *l. 12. eod.* Quod si simpliciter hoc modo, *Calendis Januariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa à DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed rectè prudentissimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione summæ & personæ promissoris.

Textus.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3. *At si ita stipuleris*, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

Notæ.

3. *Decem annos*] Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantùm, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam] Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione] Vel doli mali propter illa verba *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

Commentarius.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vives, non addito annua?*
2 *Quid si decem in singulos annos, omisso quoad vives?*
3 *Quid, cùm obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur?*
4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato? Et qui istius differentiæ effectus?*
5 *Quid juris in casu hìc proposito?*

Agitur hìc de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspenda-

tur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid
1 stipulatur, quoad vivet. Nos verò, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annua* aut *in singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim rectè peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. eum qui. 56. §. qui ita. 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Donello ibid. & D. Tuldeno in *comm. hic. cap* 11. & ego quoque verius puto, (certè usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil
2 interest. Alter casus hic esto: si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam*. Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos. 23. de transact. l. 12. §. novissimè. 6. quand. dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quo minus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6.* fac. *l. 20. quand. dies leg. l. eum qui. 56. § 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tamquam purè promissa rectè peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantùm deberi, non sæpius. Non idem juris est, cùm quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ cau-
3 sa, *l. qui hoc. 42. h. t.* Aliud quoque est, cùm apertè obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstare, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l. lecta. 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui. 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 6. §. 1. hoc tit. argum. l. 13. C. eod.* Moller. 5. *semest.* 48. quamvis id neget Bart. *arg. l. sancimus. 34. §. ult. versic. sin autem. C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius in eo versiculo corruptè legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro d. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib. 47. Βασιλικῶν*.
Multum ergo differt stipulatio in singulos an- 4
nos à simili legato. Legatum annuum multiplex est, *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cùm annuum aut in annuos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium verò annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantùm anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8 de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si à colono. 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantùm & initio contractus inspiciatur, *l. senatus. 35. §. ult. de mort. ca. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l. 12. §. 2. quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si filiusfam. 78. & d. l. senatus. 35. §. ult.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* Cur tam variè? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivet legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l. 9. cum seq. pro soc.* quorum neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum effectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, *l. 9. de probat.* Planè si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l. 10. §. 1. de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptio-
ne posse submoveri. Tertius & postremus casus 5
sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expressè ait, hoc casu obligationem purè

facta

factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni tectè agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hìc hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat, *l. eum qui. 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l. 16. §. 1. hoc tit.*

Textus.

De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cùm in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti*, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit ac si stipulatus esset, cum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quàm conditio extet, mors nobis contigerit.*

Notæ.

4. *Perinde ac si cùm moreretur*] In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera verò, *cùm moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l. 17. & seqq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus] Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l. 57. hoc tit.* fac. *l. 8. de per. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Cur tam variè? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l. 26. de stip. serv. l. 144. §. 1. de reg. jur.* Legata autem demum cùm deberi incipiunt, *d. l. 4. & 5. l. un. §. 7. de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & à quib. man. l. 78. hoc tit. l. 18. de reg. jur.*

Commentarius.

1 *Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant?*
2 *Etiam promissiones, quibus tacitè conditio inest pro conditionalibus esse.*
Vinnius in Institut.
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris?*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?*
5 *Pendente conditione nihildum deberi: & quæ inde consequentia?*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

Hactenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem 1
modum etiam hìc definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, *§. pen. inf. eod.* & quas certum est omnimodo exstituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si moriteris*; *si Calendis sol orietur*, *l. 18. de cond. ind. l. hæres. 79. de cond. & dem. l. 9. §. 1. de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enim verò quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis. 46. §. 2. l. quicquid. 99. §. 1. l. à Titio. 108. l. ita stipulatus. 115. §. 1. & 2. h. t. l. 2. l. 7. de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit*. Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis*. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris*. Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l. 7. h. t. §. impossibilis. 11. inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi apertè collata est, *l. 17. d. l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. empt.*

Cùm in casum differtur obligatio] Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere. 213. de verb. signif.* Differtur autem obligatio in casu non tantùm 2
conditione conventionis expressa, ut in exemplis hìc propositis, sed etiam intellecta seu tacitè comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit, qui an extiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno natus erit, dare spondes? l. 6. de legat. 1. l. nuper. 85. de legat. 3.* item in hac, *quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? l. qui*

Romæ. 122. §. *Aggerius.* 4. *hoc tit.* vel ex rei promissæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *l. interdum.* 73. *h. t.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, *l.* 21. *de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

Committatur stipulatio] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, *l. ita stipulatus.* 115. §. 1. & 2. *l. qui Romæ.* 122. §. *Aggerius.* 4. *hoc tit.*

Si in Capitolium non adscendero] Jurisconsulti cùm de conditionibus tractant, creberrimè his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis*, aut, *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen. Od.* 30. *v.* 6.

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *cap.* 61. *Exin Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. cap.* 5. *Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. *disp.* 15.

3 *Ac si stipulatus, cùm moreretur*] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes?* non nisi præterito biennio rectè petam, *l. quicquid.* 99. §. 1. *hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat: veluti si sit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quàm si Pamphilus desiisset posse dari, *l. ita stipulatus.* 115. §. 2. *eod.* Dixi, si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l.* 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio, *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l.* 115. §. 1. Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In 4
legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario, statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, *l.* 7. *l.* 18. *l. hæres.* 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ verò ratio est, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solùm testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *si in Capitolium non adscendero*, satis apertè hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres; & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l. quicquid.* 99. *h. t.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi interciderent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest: in legatis falsa est: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst.* Gomez. 2. *res.* 11. *n.* 37. Cujac. 14. *obs.* 22.

Ac si cùm moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adscendero, dare spondes?* &, *Dabis, cùm moriar?* in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cæteræ sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantùm, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non rectè agatur, præsens tamen obligatio est, *l. nam si.* 17. *cum l. seq. de cond. ind.*

Tantùm spes est debitum iri] Vis conditionis
omnis hæc est, ut pendente ea nihildum de- 5
beatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio purè debitum fuisset: deficiente quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l.* 16. *de cond. ind. l.* 26. *de cond. inst. l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. cedere.* 213. *de verb. sign. l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.* Cùm itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non rectè solvi, ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l.* 16. *l.* 18. *l. qui promisit.* 48. *de cond. ind. l. stipulatio.* 38. §. *interdum.* 16. *h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui,

ſtitui, niſi hac lege, ut eadem conditio expectetur, *l. 14. §. 1. de novat. l. id quod. 19. de pec. conſt.* Hinc intelligitur, quantum interſit inter ſtipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque ſpem in hæredem tranſmittimus] Si pendente conditione aut ſtipulatori aut promiſſori quid humanitus contingat, nihilominus in ſuſpenſo manet obligatio, atqoe exiſtente poſtea conditione ſtipulatio committitur, ut aut hæres ſtipulatoris agere, aut hæres promiſſoris conveniri poſſit. *§. pen. inſ. de inut. ſtip. l. ſi quis. 57. hoc tit. l. in quantitate. 73. §. 1. ad leg. Falc.* fac. *l. 8. de per. & commod.* Non obſtat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede
6 aut contra hæredem incipere. Nam conditio exiſtens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc eſt, ubi ſemel extitit conditio, perinde habetur, ac ſi ab initio ſine conditione obligatio contracta fuiſſet, *l. 11. §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm.* Cum ergo diverſum jus ſequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec ſpem ullam tranſmitti? *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. ſin autem. 7. C. de cad. toll.* Cur, inquam, cùm tam ex cauſa legati conditionalis, quàm ex ſimili ſtipulatione ſpes ſit debitum iri, non æquè ſpes illa tranſmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem ſtipulatoris? Nimirum ideo, quia cùm beneficia ſuprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob cauſam ſolent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l. 9. pro ſoc.* exiſtimandum eſt, teſtatorem in legando perſonam tantùm legatarii cogitaſſe, eique ſoli, non etiam hæredi ejus, qui incertus eſt, beneficium conferri voluiſſe. At in pactis & contractibus non tam ad perſonas paciſcentium, quàm ad rem familiarem reſpicitur, crediturque quiſque eo animo eſſe, ut non tantùm ſibi, verùm etiam hæredibus ſuis proſpectum velit, *l. 9. de probat.* add. Gomez. 2. *reſ.* 11. *n.* 12. D. Tuld. *comm. hic. c. 7.* Ad hæc contractus etſi condictionalis eſt, tamen ex præſenti vires accipit, *l. 26. de ſtip. ſerv.* argumento eſt, quod jam ab initio hactenos perſonas contrahentium adſtringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de obl. & act.* Unde quoque eſt, quod eum, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibuſdam cauſis haberi, *l. 10. l. conditionales. 54. de verb. ſign. l. 4. de reb. auct. jud. poſſ. l. 9. §. 1. l. 11. § 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. h. t. l. 16. de ſolut.* in quo item diſſimilis cauſa eſt ejus, cui ſub conditione legatum eſt, *l. is cui. 41. de obl. & act.* Cujac. in *d. l. 10. de verb. ſignific.* Vinn. Et hanc poſteriorem rationem breviter inculcat Paullus *l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim ſicut viventium, ita & defunctorum exitus ſuſpendi, receptum eſt.* Quæ verba eleganter interpretatus D. Huber. *Prælect.* ad *Inſt. h. t. §. 3.* Hein. Enimverò quod hìc ſimpliciter traditum eſt, ex conditionali ſtipulatione, quæ ſpes eſt debitum iri, eam ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti, id plerique opinantur ad eas dumtaxat conditiones pertinere, quæ à caſu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus poteſtatem collatæ ſunt, *argum. l. qui hæredi. 44. l. ſi expreſſum. 69. l. à teſtatore. 109. de cond. & dem. l. ſi ita. 65. §. 1. de legat. 1.* Gail. 2. *obſ.* 2. Verùm ego putarem, in contractibus diſtinguendum eſſe inter ipſas conditiones arbitrarias, ut ſiquidem factum contineant cohærens perſonæ, ut alias in opponendo perſona ſolummodo ſpectata ſit, earum implendarum jus ad hæredem non tranſeat. At ſi talis ſit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri poſſit, puta ſi in dando conſiſtat, hìc quia non videtur perſona 7
operave perſonæ ſpectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrariæ ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti. Nam cùm hujuſcemodi conditio per quemvis alium noſtro nomine impleri poſſit, cur non & per hæredem poſſit, qui eadem perſona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inſt.* fac. *l. diem. 27. §. 1. de recept. arb. l. ſi prædio. 15. de in diem addict. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. C. de pact. int. empt.* vid. Duar. *in Scævol. n. 14. & ſeqq.* Cujac. *in l. ſi quis. 57. hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic. cap. 9.*

Textus.

De loco.

5. *Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti* Carthagini dare ſpondes? *Quæ ſtipulatio licet purè fieri videatur, tamen re ipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipuletur,* hodie Carthagini dare ſpondes? *inutilis erit ſtipulatio, cùm impoſſibilis ſit repromiſſio.*

Notæ.

5. *Impoſſibilis repromiſſio*] Cajus tamen *l. ult. §. 4. h. t.* caſum proponit, quo etiam talis ſtipulatio utilis eſſe poteſt.

Commentarius.

Hujus tituli §. 2. cùm de ſtipulatione in diem ageremus, diximus, eſſe quaſdam ſtipulationes, quæ licet verborum figura puræ ſint, tamen ad ſtipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacitè tempus complectantur, atque ex re ipſa dilationem habeant: cujus generis etiam ea eſt, de qua hìc agitur, cùm locus ſtipulationi inſertus eſt.

Re ipſa dilationem habet] Cùm ſtipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Epheſi, ſtipulatio verbis pura ex re ipſa dilationem capit: ineſt enim tacitè tempus, quo Carthaginem aut Epheſum perveniri poſſit: nam alioqui præſtatio ſit impoſſibilis, *l. eum qui. 41. §. 1. l. interdum. 73. l. continuus. 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. qui ita. 6.*

quod cert. loc. Quodnam verò tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d.l. continuus.* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ stipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem esse stipulationem placet, *d. l. 2. §. quis ita. 6. quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi verò eo pervenerit, Carthagini dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem cæterosque contractus vitiari constat, *l. non solum. 31. de obl. & act. l. 7. h. t. §. si impossibilis. 11. inf. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecto haberi, *l. 1. §. 6. de cond. inst. l. 3. de cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat.* 1. Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d. §. si impossibilis. 11.* Cujus *h. ult. § si inter. 4. h. t.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes?* valere potest, nempe si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De Conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius consul fuit: *vel,* Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

NOTÆ.

6. Ad præsens, vel præteritum tempus] Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantùm κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. hoc tit.*

Nihil valet stipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta] Dummodo jam sint, aut præterierint: ut non si à nobis, saltem ab aliis sciantur, *l. 38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur inscitiam, *l. 21. §. ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita, Demosth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIUS.

In futuris inscientiam nostram inspici, non rerum naturam: in præsentibus & præteritis contra.

Conditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, *§. 4. sup.* Id autem fit, cùm oratio in futurum confertur, non cùm in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantùm incerta sunt, præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l. conditio. 100. l. si ita. 120. hoc tit. l. cum ad. 37. cum 2. seqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præsens] Hæ orationes, *Si Titius consul factus est, Si Mævius vivit,* & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut purè debeatur: nihil, si falsæ; purè, si veræ. Pugnant autem, purè deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l. Cornelius. 69. de hær. inst. l. itaque. 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet verè tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. ind.* VINN. Non magis propriè conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit, partim, quia eventus jam ante certus est, nempe quod conditio numquam sit exstitura. Ergo & hæc propriè dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem] Modestin. *l. conditio. h. t.* 100. *periment.* Quod abusivè dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cùm obligatio perimi non possit, quæ nulla est.

Sed

Sed cùm ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cùm apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio] Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt] Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur, *l. respiciendum. 38. de reb. cred.* Unde apparet, non rectè cum casu hìc proposito comparari casum *l. sed etsi. 28. §. ult. de jud. & l. 3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint; ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt, *d. l. 28. §. ult. de judic.* quamquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos, constat ex *l. cum quidam. 30. § summ. 6. de acq. hær.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solùm pendet, de quo hìc quæritur; & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d. l. 28. §. ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit, licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujuscemodi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio. 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, *l. cedere diem. 213. de verb. sign.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut rectè Jo. Faber *hic*.

Textus.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7. *Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet*, Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda*, Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem anreos dare spondes?

Notæ.

7. *Sed etiam facta*] *L. 2. pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantùm cùm quid fieri cavetur, sed etiam cùm non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quamquam interduum distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, si quid factum sit contra quàm cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.*

Optimum erit] Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. *Sen. 3. de ben. 6.*

Ne quantitas stipulationis in incerto] Cùm quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, *d. l. 75. §. 7.* Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, *l. 68. l. 71. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem rat. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. præt.*

Commentarius.

1 *Cùm quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur?*

2 *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.*

3 *Facta hìc intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hìc juris hodie?*

4 *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione?*

5 *Pœna stipulatione incertitudini obligationis occurri.*

6 *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio?*

Insignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantùm, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cùm quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. ubi. 75. §. qui. 7. eod.* non utique ob id 1
tan-

tantùm, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quadam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. si pœnam. 68. eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere; quod hic monet Justinianus, & Venulejus *l. ult. de prat. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In
2 obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quàm tempus illud praeterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est; sed eatenus tantùm, ut promissor præstando quod promisit liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes. 72. l. si insulam. 84. l. si quis. 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat, promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. si insulam. 84.* Nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. si servus. 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VINN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex adductis legibus hoc probat. Non enim quæritur, an qui factum promissum non præstitit deleat id, quod interest? Id leges affirmant, & nemo negat. Sed quæstio est, si, qui factum stipulatus est, urgeat, ut promissa existent, an non remediis prætoriis compelli possit promissor, ut faciat, quod se facturum promisit? Et id nunquam negant leges. Adeoque falsa sunt illa quæ vulgo audiuntur; Ad factum nemo potest cogi. Item; Qui factum promisit, liberatur, præstando, quod interest. Vid. Cujac. *ad l. 72. ff. de V. O.* Coras. *Miscell. lib. II. cap. 3.* Perez. *Erotem. ad §. ult. Inst. h. t.* D. Hubet. *Pralect. ad Inst. h. t. §. 5.* HEIN. Cæterum ex
3 factis ea tantùm huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt, *Romam ire*, *tabulam pingere*, *insulam ædificare*, *fossam fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantùm in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti nunquam possunt, sed id solùm, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cùm transierit tempus, quo potuit fieri, quod promissum est. At si factum quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro donatione, quàm pro facto habendum puto, *argum. l. in conventionalibus. 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l. 11. §. 2. de act. empt.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. Duar. in *d. l. stipulationes. 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est, vid. Christin. *volum. 1. dec. 323.* Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem, tradit Groenevv. *de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per artic. 275. & sequ. Instr. sup. Cur. Holl. art. 14. & seqq. ampl. Instr. Cur. provin.* Et sanè probant hi textus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseverat, recurrendum tamen erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quod continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, &c. l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *l. ubi. 75. §. quis id. 7. eod.* Hujusmodi verò stipulationes nunquam aliter committuntur, quàm si quid factum sit contra quàm cautum est, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Cato. 1. eod.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod jam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulari: id autem est id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere] Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cùm non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam. 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hac ratione efficitur, 4
ut stipulatio sit incerta? nimirum quia id ipsum quod interest est incertum, *l. ult. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi. Est verò id quod interest incer-

certum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit; quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. si comm.* 13. *rat. rem. hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit: aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est, quod quia factum non est, lucrari non sumus: totum verò hoc incertum est, quid hic amittamus aut lucremur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, alias plus alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: secundum quæ eadem quoque ejus quod interest, æstimatio facienda, *l. si quis.* 13. *in princ. de re jud. l. si quis stipulatus.* 112. §. 1. *hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque intersit, in facto, non in jure, consistere, *l. quatenus.* 24. *de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est id quod interest: neque enim facile probatu est, habuisse nos aliquid, & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos
5 excidisse. Cùm autem id quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de præt. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & à re ipsa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis stipulationis comprehensa est, à probatione, quia non alia hic probatione opus, quàm ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque verò hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest: nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantùm pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *hoc tit.* §. *alteri.* 18. *infr. de inut. stip.* Verissi-
6 mum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua intersit. Illud non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *l.* 10. §. 1. *de pact. l. ita stipulatum.* 115. *in fin. pr. l. qui Romæ.* 122. §. 2. *hoc tit. l. si quis.* 41. *cum seq. l. duo.* 71. *pro soc. l. prædia.* 28. *de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit: creditor verò liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. *ad d. l. ita stipulatus.* 115. *n.* 31. in casu hujus §. cùm stipulationi faciendi subjicitur pœnalis, per *l. obligationum.* 44. *in fin. de obl. & act.* effectum tamen ex constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quàm si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna, quamquam alterum dumtaxat peti potest, *l.* 4. §. *Labeo.* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. d. l. ita stipulatus.* 115. *hoc tit. l. si pro fundo.* 33. *C. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, rectè adhuc petet, quod pluris sua interest, *d. l. prædia.* 28. *de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit*, &c. Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula, *rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *l. si quis.* 30. *de recept. l.* 16. *de transact. l. cum proponas.* 17. *C. eod.* D. Tulden. *hic. cap.* 4. Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. pœnam.* 44. *de usur. l. cum allegas.* 15. *C. eod. l.* 13. §. *ibid.* 26. *de act. empt.* add. Papon. *lib.* 12. *tit.* 9. Charond. *lib.* 6. *resp.* 59. Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clausula hujusmodi] Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *l. cum quid.* 71. *l. continuus.* 137. §. *pen. hoc tit.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Nov. 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.3.§.3.de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè diffidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in ff. & C. Reus à re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.2.de Orat.cap.43.Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur.* Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus: nec solùm reum promittendi, debendi, satisdandi, verùm etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus; ut passim in titt. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo, *ut puta cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat;* Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:* Mævi, decem aureos dare spondes? & Sei eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim,* Spondeo.

NOTÆ.

Utrique vestrum dare spondeo] Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut, quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, *§. prox.*

Singulis separatim spondeo] Aut *spondemus l. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant. *l. 2. l. 3. §. 1. eod. & d. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth.hoc ita. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus?*
3 *Orationis distributivæ & alternativæ hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum, copulativè non item.*
4 *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quàm si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l.1. h.t.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l. 6. §. ult. l. 12. pr. hoc tit.*

Stipulandi ita] Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eamdem rem ab eodem 1 in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eamdem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri puta res ipsa, alteri rei æstimatio; duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & §. seq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam si prius Titio] Hoc tamen non ita præcisè

sè accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita numquam constitui intelligantur, cùm singulis separatim interrogantibus promissor etiam separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l. 3. in fin. hoc tit.*

2 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eamdem rei eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 1. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur à fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse nominatim adjici, ut correi sint, aut ut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant; sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari, argumento est cum hic textus & *l. 3. & l. 4. eod.* tum quod alioqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur, an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse, *Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes?* aut, *Quilibet vel uterque vestrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam
3 obligationem. Hæc enim vis est distributivæ, ut cuiliber attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l. 8. §. 1. de legat. 1.* Copulativa verò per se eam vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint, singulis partes viriles debebuntur, aut singuli debebunt, nisi repetitum sit *eadem decem*, *hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, *l. 11. §. 1. & 2. eod.*
4 Planè post constitutionem Justiniani *Nov. 99. cap. 1.* unde *auth. hoc ita. C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quàm si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur: quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit. Gudelin. 3. *de jur. nov. cap. 11. & lib. 4. cap. 7.* Christin. *volum. 5. dec. 213.* Gail. *obs. 28. num. 6.*

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. *Et stipulationibus*] Cujac. & Hotom. *stipulantibus*. Theoph. ἢ τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ τὸ ὁλόκληρον ὀφληθήσεται, *& stipulantium singulis solidum debetur*. Rectè.

Vel alter solvendo] *l. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando, seu alium debitorem dando, *per l. 30. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurejur.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscantur, *l. 21. §. ult. & 4. ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis. In foro tamen mercatorum hoc non observari.*
2 *Non solùm solutione uni ex duobus reis credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui vice solutionis fit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3 *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*
4 *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus cæteros actionem habeat?*

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum activè & passivè consistit. Unde existunt duo obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum] Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis eorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. l. si rem. 31. §. 1. de novat.* Cæterum cir- 1
ca reos promittendi Novella Justiniani constitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus à duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quàm si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta. Mynf. Schneid. *hic.* Gomez. *var. ref. 2. cap. 12. num. 1.* Gail. *2. observ. 14. num. 5.* Sichard. *in l. 2. C. hoc tit. num. 5.* Gudelin. & Christin. *ubi supra.*

Grot.

Grot. 3. *introduct.* 3. Mollet. 5. *semest.* 62. ubi post Jason. & Joan. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *dict. Nov.* perperam intellectam, atque ab Irnerio *authent. hoc ita. Cod. hoc tit.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *dict. Nov.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l.* 11. *princ. eodem*. Argumento utuntur inscriptione Græca, *περὶ ἀλληλεγγύων*, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego verò cum Cujacio existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eo quod & ipse condictione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori.* 17. §. *ultim. ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscurè confirmat. Planè secundum generalem consuetudinem Antvverpiæ inter mercatores observatam, *d. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione* 49. *Curiæ Hollandiæ*. VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis à Vinnio rejecta, omnino verior est non solum ob inscriptionem græcam & verba *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι*, quæ in ista *Novella XCIX. cap* 1. occurrunt, sed cum maxime ob *l.* 11. *ff. de duobus reis*, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere *correis promittendi*, VICE MUTUA *fidejussoribus*. HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo] Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus rei stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid
2 debetur, debitorem suum potest. Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantùm eum liberabit, sed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, *l.* 2. *hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem.* 31. §. 1. *de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus.* 28. *princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurandum.* 27. *eodem tit.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, per *l. qui decem.* 72. *princip. de solution.* Paciscendo verò ne à promissore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus.* 27. *in fin. pr.* junct. §. 4. *versic. ante omnia de pact.* His porro consequens est, quod traditur *l.* 2. *hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem; quod sic explicatur in *d. l.* 31. §. 1. *de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere; & apertius in *l.* 11. §. *sic evenit.* 21. *de legat.* 3. unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi; ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus.* 16. *hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l.* 3. *in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, *l.* 2. *eod. l. si ex pluribus.* 16. *de accept.* item novando
3 seu alium debitorem dando, per *l. si pro uno.* 20. *ad sen. Vell.* ubi Cujac. 8. *ad African.* & jurando, *l. in duobus.* 28. *de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi forte paciscentis intersit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, *l.* & *heredi.* 21. §. *ult.* cum 4. *ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, *l. penultim. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l.* 1. §. *sive apud.* 43. *depos. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l. amissi.* 52. §. *ultim. de fidejuss. l. reos.* 23. *C. eodem* collati cum *l. decem.* 116. *illic. non enim sunt duo rei de verb. oblig. l. si per imprudentiam.* 51. §. *ult. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l.* 10. *hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora.* 32. §. *penult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fusius explicantur à D Donello ad *tit. C. de duobus reis. cap.* 7. & 2. *seqq.*
4 Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit; de

quo

quo consule Sichard. in *l. si divisa.* 13. *C. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem [subsidiariam negotiorum gestorum] accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l.* 2. *C. hoc tit.* Ita visum interpretibus communiter, & sæpe judicatum est testibus Ant. Fab. *C. suo hoc tit. defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *dec.* 114. *& vol.* 4. *decis.* 178. contra quam tamen sententiam disputat idem Anton. Faber 11. *conject.* 6. *& seqq.* Sanè *d. l.* 2. commodè accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Bart. *in l. reos.* 11. *hoc tit. n.* 9. Vuesembec. *parat. eod. num.* 7. Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l.* 11. *hoc tit. l. in lege.* 61. *ad leg. Falcid. l. qui hominem.* 34. §. 1. *de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

1. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

1. *Vel sub conditione obligari potest*] Dummodo eadem res fit in cujusque persona, & causa eadem, *l.* 9. §. 1. *l.* 15. *eod.* ut tempus idem fit aut locus solutionis, non est necesse, *l.* 7. *d. l.* 9. §. *ultim. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l.* 9. *pr. l.* 1. §. 43. *&* 44. *deposi. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 5. *C. si cert. petat.*

COMMENTARIUS.

1 *Imparis causæ susceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

DUo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id.* 15. *hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l.* 9. §. 1. *eod.* At verò ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *l.* 7. *eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ verò à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem; ita Jo. Fab. & Cantiunc. *hic*. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l.* 9. §. *ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantùm verbis stipulationis constitui, quamquam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur; quod in deposito indicat Ulp. *l.* 1. §. *sed si duo.* 44. *deposi.* Testamento, si testator eamdem rem, eamdemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato, arg. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. Debendi, veluti, si quis eamdem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodaverit, *d. l.* 9. *in pr. hoc tit. d. l.* 1. §. *si apud.* 43. *deposi.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l.* 5. *C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato, d. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l.* 9. *in fin. per hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Don. *ad hunc tit. cap.* 12.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS:

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque persona defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

NOTÆ.

Ex persona domini] Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur.* & quasi non sint, *l. propen. eod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6.* ὁ δοῦλος οὐδὲ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι, αὐτὸς ἐστὶ δοκεῖ ζῆν, ἢ ὑπάρχει. Cæterum ex persona dominorum χαρακτηρίζονται, ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est; quod etiam cum servis testamenti factio est, *l. 31. de hær. inst. v. sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personæ defuncti vicem] *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. v. sup. §. 2. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

Quod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod attinet. 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expressit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τοῦ προσώπου τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo est, quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, *§. si quis. 4. & §. post mortem. 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l. 14. de obl. & act.* VINN. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est *res mancipi*, non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest, quam jumentum. Atqui hoc principium jus natura prorsus ignorat, adeoque consequens est, ut naturaliter servus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem] Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem à veteribus traditum est, *l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo. 22. de fidejuss. l. hæreditas. 34. l. hæreditas. 61. de acq. rer. dom.* Ait, *personæ defuncti vicem sustinet*, ut etiam supra *§. 2. de hær. inst.* & disertè Jurisconsulti in *l. non minus. 31. §. 1. de hæred. inst. l. in eo. 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *l. novatio. 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d. §. 2. de hær. inst.* Ait, *in plerisque*: nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l. 10. §. 1. l. 61. de acquir. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies usufr. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur, *l. ususfructus. 26. hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat. De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. *Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.*

COMMENTARIUS.

Servus stipulando domino acquirit, non tantùm si ipsi domino dari stipuletur, verùm etiam si sibi aut conservo suo: quinimmo etsi impersonaliter seu indefinitè non comprehensa persona, puta hoc modo; *Centum dare spondes? l. 1. l. 15. hoc tit.*

In liberis, qui in potestate] Filiifam. iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa pro-

profectitii peculii, item adventitii quoad usumfructum, stipulantis eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista. 38. §. hi qui. 6. & §. alteri. 17. l. quodcumque. 45. pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiisfam. tradita & explicata §. 1. *sup. per quas perf. cuiq. acq.* Planè si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret: quippe quacumque ex causa ita stipularur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. *Don. ad d. l. 38. §. alteri. 17. num. 25.*

TEXTUS.

De stipulatione facti.

2. *Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodò persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit,) in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantùm in hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissori s facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. § hi qui. 6. & seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi. 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantùm comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l. 38. §. 6. vers. cum vero*, quamquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel actum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l. 17. hoc tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.*

NOTÆ.

3. *Unius domini sit*] Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cùm unus dumtaxat vicinum fundum habeat, *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis, quàm corpore partes habeat. Et ideo si quid stipulatur, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam dumtaxat habeat, illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio. & C. Sejo dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore verò viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *l. si communis. 37. hoc tit* Sed & tres hi casus hic excipiuntur; si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantùm; si res in stipulationem deducta ad unum tantùm pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquos seqq. l. 17. l. si ex re. 28. §. 3. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus. 19 junct. d. l 28. §. 1 eod.* Extra has causas, sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent: item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorũ bonæ fidei possessorũ stipulantur, *l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & l. seq §. 1. eod. vid. sup. §. 4. per quas per. cuiq. acq.*

Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiamsi non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. per quas perf. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. C. per quas perf. nob. acq.*

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita: eaque ad bimembrem revocata.

PRæcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, *§. 2. sup. de verb. obl.* altera à diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, *§. ult. d. tit.* Profertur hîc & tertia, ex *l. 5. eod.* quod aliæ sint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales, quàm prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema à cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commodè revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d.l. 5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quam judiciales.

1. *Judiciales sunt dumtaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

NOTÆ.

Aliæ judiciales, aliæ prætoriæ] Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Veluti de dolo cautio*] Puta in actione in rem vel [illegible] causa [illegible] nam judex in restituenda re, [illegible] agitur, cave[illegible] jubet dolum malum abesse, *l.* [illegible] *l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod* [illegible] recusantem condemnat in id, [illegible] interest.

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2 *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ *à mero judicis officio*] Mero, id est, solo. Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ etiam eo 1
omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ à judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam: nam tum demum judex quis esse incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. qua de re. 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas *judiciales* nominari, etiamsi prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cùm in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l. 1. de præt. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit; seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ species sunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ species hîc afferuntur, de dolo cautio, in actione in rem vel quod 2
metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. præterea. 20. l. si homo. 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus. 5. & §. ex hoc. 7. quod met. ca.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato. 69. §. ult. de legat. 1. l. item si. 14. §. quod si homo. 11. quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscundæ, *l. & puto. 6. l. hæredes. 25. §. contra. 10. fam. ercisc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vind.* & aliis actionibus.

TEX-

TEXTUS.

De prætoriis.

2. *Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde cognoscantur stipulationes prætoriæ? earum usus, & varia exempla.*
2 *Quibus in causis locus ædilitiis, & mendum è textu sublatum.*
3 *Distinctio judicialium & prætoriarum: quæ alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

A *Mero prætoris officio*] *A mero*. Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficisci dicuntur, quæ à
1 jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l.* 1. §. 2. *de stip. præt.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus rectè dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet. *l.* 7 *de damn. inf. tit. ut leg. nom. cav. & tit. ut in possess. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus, esse prætorias, ut scriptum est in *l.* 1. §. 1. *&* 2. *de præt. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, §. *si vero.* 5. *inf. de satisd. l. Pomponius.* 40. §. *pen. de procur.* & qui illam præstare recusat, eum prætor non admittit ad alienam defensionem, §. 4. *&* 5. *inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. *d. tit. l. mutus.* 43. §. *pœna.* 4. *de procur.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si ususfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio ususfructus, *l.* 7. *ususfr. quemadm. cav.* Plures recenset D. Cujac. in *l.* 5. *de verb. obl.*

2 *Contineantur etiam ædilitiæ*] Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse,* & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l.* 1. *& passim, de edil. edict. l. si ita quis.* 31. *& l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi sine ullo judicio, ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses, *l. si venditor.* 28. *de edil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis quatenus ædilis, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, *l.* 1. *de jurisd.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hic in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu, cui est jurisdictio. Unde & procos. in provinciis si stipulationem interponi jubebat, prætoria hæc dici poterat stipulatio. Quo observato nec admodum necessaria videtur emendatio, de qua paullo post auctor noster. Jus enim ædilitium fere sub prætorio comprehendebatur §. 7. *Inst. de I. N. G. C. &* Conf. Rittershus. *h. t. p.* 438. HEIN.

A jurisdictione prætoris] Vox *prætoris* abest à *l.* 5. *de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum descriptus est: & expungendam censeo cum Rusfard. Baron. Donell. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione prætoris, cùm veniant à jurisdictione ædilium, quod expressit Theophilus: sed quod de prætoriis tamquam principali specie stipulationum honorariatum dicitur, id etiam ad ædilitias rectè refertur: quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in *d. l.* 5. sentiunt. Hodie hæc prætoriatum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, post- 3
quam judices à magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui prætor seu magistratus. Distinguunt verò nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod est judicis, qua magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l.* 4. *de jurisd.* judiciales, quæ post litem contestatam instituti judicii promovendi causa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pæne dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriusque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l. 5 hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe, ex conventione sola: nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constant: at non inde solùm proficiscuntur, sed prima eorum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriæ stipulationes ex mente ipsius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in prætoriis. 9. de præt. stip.* & quod in prætoriis, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ sit: in cæteris contra, *l. in conventionalibus. 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. præt.*

Quot rerum contrahendarum] Id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre, ut factum in superioribus, quæ non æquè notæ & usitatæ. Illud (*pane dixerim*) tantùm modestiæ causa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non rectè interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo, (nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex; si aliter hæc res expediri non potest,) vel de rato stipulatio.*

NOTÆ.

4. *Et prætor jubet rem salvam*] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. 2. de stip. præt.*

De rato stipulatio] Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa prætoria fere est, *l. 1. §. 2. de stip. præt.* Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, falsum esse procuratorem, rectè judex hanc satisdationem ab eo exigit, per *d. l. 1. C. de ord. jud.* Add. Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & stipulationem duplæ, qua se venditor cavet *rem vitiosam non esse*, &c. *l. 32. de evict.* assidua dicitur *l. 31. §. 20. de ædil. ed.* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l. 5. de verb. obl.* Cautè hìc legendus Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet?*

2 *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex? Et Theophilus notatus.*

3 *Idem quæritur in stipulatione rem ratam haberi.*

4 *An stipulatio duplæ, & quando communis?*

STipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in pr. verf. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l. 1. §. 2. de stip. præt.* utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. Quod & nos consideravimus *sup.* §. 2. Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur & tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longè enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de stip. præt.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant; quales sunt, quæ fiunt judicio sistendi causa, *d. l. 1. §. 3.* 1

Rem salvam fore pupillo] Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor, pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur, *sup. de satisd. tut. pr.* junct. §. *pen. l. 1. de adm. tut.* quorum nihil est judicis, qui nudam duntaxat notionem habet, *l. 5. de re jud.* junct. *l. 4. de jurisd.* Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore, post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse non satisdedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere; utique audiendus erit, *arg. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur: ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Apertè autem hìc lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres: qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse prætoria, cùm eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex sit. Eundemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis ha- 2

habent, lectorem, tamquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest] His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo stipuletur; judicium verò non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio] Stipulatio de rato seu
3 ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc itidem regulariter jussu prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, cum, qui tamquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, rectè postulante adversario hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius.* 40. §. *pen. de procur.* lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plenè constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l.* 1. *C. de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponentis, *l.* 4. *C. de jurisd. l.* 13. *C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. licet.* 24. *C. de procur.* ubi Sichard. *num.* 2. & 3. Gail. 1. *obs.* 37. *num.* 2. Pomponius 4
d. l. 5. *de verb. obl.* communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur; quia illud non est unius ædilis, sed plurium, *l.* 1. & *passim. de ædil. edict.* neque sententia; quod manifestè arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc stipulatio communis? An cùm ob evictionem interponitur? minimè. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, numquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur.* 32. *de evict.* stipulatio *assidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod si nolis.* 31. §. *quia assidua.* 20. *de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, is adversario recusante aut agit ex empto præcisè ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam numquam interponitur. Don. *in d. l.* 5. *pr. n.* 27. & 28.

TITULUS VIGESIMUS.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

C. Lib. 8. *Tit.* 39.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis sit stipulatio?

Hactenus visum, quomodo verborum obligatio rectè contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cùm, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ ferè summa est eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure fit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis fit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de except.*

Vinnius in Institut.

TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

NOTÆ.

Dominio subjicitur] Id est subjici potest, aut solet, ὑποπίπτειν δύναται, Theoph. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

Dominio nostro subjicitur] Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum.* 73. *l. ubi autem.* 75.

§. illud. 4. de verb. obl. §. ea quoque. 7. sup. de legat.

Sive mobilis sit, sive soli] Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem rectè deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *sup. de usufr.* §. *ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verùm etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

NOTÆ.

1. *Aut esse non potest*] Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l. 53. de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri rectè in stipulationem deducuntur, *l. 73. de verb. obl.*

Hippocentaurum] Lucret. *lib. 5. v. 878.* Sen. *Epist. 58.* Cic. 2. *de nat. Deor. cap. 2. Quis*, inquit *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib. 7. cap. 3.*

Inutilis erit stipulatio] *d. l. 1. §. 9. de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *l. 69. l. 103. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: tum consectaria inde deducta.*

2 *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit?*

3 *Quid si quæ nec est, nec umquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

HOc §. & *seq.* docetur, quibus modis fiat, ut
1 inutilis sit stipulatio propter id, quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio, si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l. si stipuler. 35. de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impossibilium. 185. de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum. 94. l. ita stipulatus. 115. d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *inf. sub §. quod turpi. 23.* Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera: quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt, quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ *l. 1. §. si id quod. 9. & §. seq. de obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. *seq.* Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum. 94. & d. l. ita stipulatus. 115. pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est] Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum re- 2
rum aliæ fuerunt, sed desierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem umquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, &c. *l. 1. § si id quod. 9. de obl. & act. l. homo. 69. de verb. obl.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maximè spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo. 103. de verb. obl.* § 4. *sup. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l. si homo. 69. de verb. obl.* Planè si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem. 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. si ex legat. 23. l. si servum. 91. §. 3. eod.*

Hippocentaurum, qui esse non possit] Exemplum 3
rerum, quæ ita non sunt, ut nec umquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. cap. 2. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuisse putat?* Lucret. *lib. 5. v. 878.*

Sed neque centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt *natura quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tamquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib. 7. c. 3.* testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. *Et nos*, inquit *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum utut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, (ut Poetæ fabulantur,) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt; non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, à quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEX-

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit:* Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? *& similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*] Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, *arg. l. 31. de obl. & act.*

Nec rem suam dari] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10. de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ rectè stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l. 82.*

Protinus inutilis] Protinus, id est, statim, εὐθέως, ἐξαυτῆς. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est*, &c. *l. 29. de reg. jur.*

Licet initio utiliter] *l. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* sunt hæc exempta regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint, à quo non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de servit.*

Sine facto promissoris] Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta, *d. l. 83. §. 5.* aut postquam moram in ea præstanda fecisset, *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Quæ natura sui] Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt, *l. 31. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat?*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis?*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta?*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio rectè promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cœpit.*
11 *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia, ejusque restrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolutè commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cùm alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta; vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cùm alii habeant. Sunt enim quædam quorumdam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesiis habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis. 10. C. de hæret. tit. C. ne Christ. manc. hæret.* Enim verò non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quid seorsum considerandum. 1

Si rem sacram, &c.] Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod. 9. de obl. & act. l. si stipulator. 35. l. inter 83. §. sacram. 5. l. liber homo. 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quàm superiore aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liber homo. 103. l. si homo. 69. eod. l. cum servum. 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maximè si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit; hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet, *l. stipulatio. 38. §. ult. de verb. obl.* VINN. Sed cur liber homo, res sacra, religiosa, publica in stipulationem deduci nequit, quum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, bona fide facta? *l. 4. l. 5. l. 6. ff. de contrah. emt.* Cur, inquam, tam variè? Immo non variè. Verè enim hujusmodi emptio non valet nisi eatenus, ut deceptus possit agere ad id quod interest. *§. ult. Inst. de emt. vend.* Ad traditionem enim agi non potest *d. §. ult. l. 103. ff. de V. O.* adeo 2

lit tametsi in eum casum venditus fuerit liber homo, si servus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas est tales casus exspectare. *l.* 34. §. 2. *ff. de contr. empt.* Ergo in *legibus* 4. *& sequ.* supra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem agere potest ad id, quod interest, vel re jam tradita & b. f. possessa ad præstandam evictionem. Hein.

Quam humani juris esse credebat] Eodem modo mox *quem servum esse credebas*. Uti & §. *præced. quem vivere credebat*. Et similiter Cajus *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris, hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hîc & apud Cajum expressa videantur. Sed & rectè Vvesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ, verùm etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum.* 31. *de obl. & act.* & maximè si etiam promissor sciverit, *l. domum.* 57. §. *ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut dumtaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l.* 4. *qui officii.* 62. §. 1. *l. liberi.* 70. *de contr. empt.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* Planè si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Jo. Fab. in casu proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

Quæ usibus populi] Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l.* 6. *l. pacta.* 72. §. *ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in littore.* 14. *de acq. rer. dom. l. bona.* 15. *cum* 2. *seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l.* 2. §. *hoc interdictum.* 4. *ne quid in loc. publ.*

5 *Cujus commercium non habueris*] Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. cætera.* 41. *de legat.* 1. Et igitur cùm etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera.* 41. §. *si duobus.* 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quàm si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum.* 34. *de verb. obl.* Quod si stipulator commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere, possidere non potest; nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *arg. l. aliud.* 71. *de verb sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l mortuo.* 49. §. *sed Proculus.* 3. *de legat.* 2. de quo plura scripsimus *ad* §. *non solum.* 4 *sup. de legat.*

Vel rem suam] Tertium genus rerum, quæ dari 6
nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. *sic itaque.* 14. *inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo.* 82. *de verb. obl. l.* 1. §. *nec minus* 10 *de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sanè rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo.* 82. Sed & rem furtivam dominum à fure rectè stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. si rem.* 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *si sic itaque.* 14. *inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. quamvis sacra profana fieri*, &c. *de verb. obl.* estque 7
hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut firmat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera.* 41. §. 2. *de legat.* 1. *l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera.* 41. §. 1.

Licet initio utiliter, &c.] Ampliatio secunda. 8
Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid rectè atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipu-

stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio rectè contracta sit; ut putat, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet, eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. nam & cum l. is qui.* 91. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi, si eum casum inciderunt, à quo non poterunt incipere, *l.* 11. *de servit. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* vid. notata sub §. *ex contrario.* 14. *sup. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter.* 83. §. 6. *l. omnes debitores.* 17. *de obl. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res.* 6. *sup. de leg.* Quid
9 si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera.* 41. §. *si duobus.* 4. *de le-*
10 *gat.* 1. De illo inter veteres non convenit, si res initio recta promissa, deinde commercio hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quàm penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit, obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. nec revocamus. l. qui res.* 98. §. *aream.* 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorus.* 79. §. *ult. de legat.* 3. junct. *l. servus.* 27. §. 1. *de adim. legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *n.* 8.

11 *Sine facto promissoris*] *d. l. inter.* 83. §. 5. Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quàm si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cùm res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit; placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *l. servum.* 91. *pr. &* §. 3. *de verb. obl.*

Lucium Titium cùm servus fuerit] Ampliatio 12
tertia. Rem commercio exemptam non tantùm purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cùm servus eris, dare spondes?* item, *eum locum, cùm ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. & Pomponius *l. si in emptione.* 34. §. 2. *de cont. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enim verò hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt: ad eas res non pertinet, quæ cùm per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cùm & sub conditione legari possint, *d. l. cætera.* 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem.* 31. *l. existimo.* 98. *de verb obl. d. l. cætera.* 41. §. 1. *de legat.* 1. *l. existimo.* 61. *de contr. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l. cætera.* 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. existimo.* 98. *de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur *l. usufructus.* 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cùm de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statum capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive purè stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem.* 213. *de verb. sign.* sed tantùm spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione.* 4. *sup. de verb. obl.*

TEx-

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum factúrumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse obligetur, neque alium obliget?*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.*

1 QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter.* 83. *in pr. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quàm in universum definit Hermogen. *l ficus. 65. de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatio.* 38. *in pr. de verb. obl.*

Qui effecturum se] Aut se curaturum, ut alius 2 det, *d. l. inter.* 83. *pr. eod.* quippe hac stipulatione, non tam factum alienum, quàm proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum se promisit, per *l. si hæres.* 73. *de legat.* 1. aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris interesit. Communiter receptum tradit Vvesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promisisse intelligatur: ut proinde non aliter conveniri possit, quàm si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Batt. *consf.* 236. Boer. *decis. n.* 16. Schurff. *consf.* 15. *cent.* 1. textus tamen omnes indistinctè loquuntur, vid. D. Bronch. 4. *assert.* 40. Ant. Fab. 3 *C. for. de contr. stipulation. defin.* 10. Interdum sanè qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum*, &c. quasi tacitè id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. qui autem.* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoria: ac proinde ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib.* 52. *de verb. obl. l.* 9. *de stipul. præt.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul.* 38. *in pr. l. quotiens.* 81. *l. inter.* 83. *pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse date cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres.* 73. *de legat.* 1. At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult.* §. 1. *de reb. cred. l. illa stipulatio.* 67. §. 1. *de verb. obl.* Curare enim non tantùm numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet Cujac. *ad d. l.* 67. Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduct. cap.* 3. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 10. convenienter æquitati juris Canonici. Covar. *in cap. quamvis de pact. in* 6. *p.* 2. §. 5. *n.* 1. Cyprian. *hic. cens. Belg.*

TEXTUS.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quàm ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur*, mihi, aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tamquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

NOTÆ.

4. *Quàm ei, cujus juris subjectus*] Patri sc. aut domino, *l.* 38. § 17. *l.* 45. *de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.*

Nihil

Nihil agit] Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l.* 38. §. 17. *& inf. eod.* §. 18. *l. t. de obl. & act.*

Etiam invito eo] Stipulatore scilicet. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l.* 16. *de fidejuss. l.* 57. §. 1. *de solut.* aut statu ejus in causam deteriorem mutato, *l.* 38. *dict. tit.* junct. *l.* 56. §. 2. *de verb. oblig.* nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l.* 10. *de solut.*

Vox tua tamquam filii] Patris & filii persona pæne eadem, *l. ultim. C. de impub. & al. subst.* Est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. *magn. mor.* 34.

Quæ sibi acquiri possunt] Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii, *l.* 39. *de verb. obl.* aut si factum in personam filii conferat, *l.* 130. *eod.*

Commentarius.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3 *An tabellarii stipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus? n.* 2.
5 *Quid stipulatio solutione in alium collocata tribuat stipulatori?*
6 *Quid adjecto solutionis causa?*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationis modum faciat?*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit?*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi?*
11 *De patre stipulante filio, sive quem in potestate habes, sive emancipato.*

1 Quemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi, aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl. l.* 3. *C. de contr. stip.* §. *alteri.* 18. *inf. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut verò alteri detur, nihil interest nostra, *d. l. stipulatio* 38. §. *alteri.* 17. Neque hoc ad stipulationes tantùm pertinent, sed ad cæteras quoque conventiones, §. *pen. sup. per quas person. l. si ita.* 126. §. 2. *vers. respondit. de verb. obl. l. solutum.* 11. § *pen. de pign. act. l. quo tutela.* 73. *in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur,) *inanem actum nostrum efficiunt: & ideo*, inquit, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus. l. quæcumque.* 11. *de obl. & act.* Verùm hîc cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod dicitur, 2 neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Planè enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *l. quodcumque.* 45. *de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person. nob. obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *d. l. stipulatio.* 38. §. *sed si.* 12. & §. 14. *de verb. obl. l. avus.* 33. *de pact.* nec tantùm cùm nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cùm hæredibus solis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l.* 5. § *penult. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. si pecuniam.* 26. *de reb. cred.* item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solùm magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l.* 1. §. *si magistratus.* 11. & §. *exigere.* 15. *de magistrat. conv. l. non aliter.* 18. *de adopt. l.* 2. & 3. *rem pup. salv. for.* Ad hæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *l.* 5. *quod procurator.* 68. *de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori.* 79. *de verb. oblig.* 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primum in contractu institoris, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de instit. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l.* 13. §. *si procurator.* 25. *de act. empt. l.* 5. *de præt. stip. l. damni.* 18. §. *ult. de damn. infect.* Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc 3 vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus rectè stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id

id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si verò de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque, ut notarii aliis rectè stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem. vid. Thesaur. *decis.* 70. Fachin. 8. *contr.* 91. Christin. *vol.* 3. *decis.* 34. & *vol.* 4. *decis.* 177. & 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici *c. quoties cordis.* 9. *q.* 7. Sanè non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* c. 11. *n.* 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenevv. *de legib. abr. ad* §. 18. *inf. hoc tit.* & ibi cit. Cyprian. *cens. Belg. ad* §. 3. *supr.* Postremo etiam illud 4 in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret; aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, condictionem dati, *l. penult. C. ad exhib. l. si ita.* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, condictio acquiritur, *l.* 9. §. *pen. de reb. cred. d. l. si ita.* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Similia exempla sunt in *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 13. *de pign. action.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l. Cajus.* 45. *solut. matrim. l.* 7. *de pact. conv.* rigorque juris posteriorum Impp. constitutionibus nonnihil mitigatus est, *l.* 3. *C. de donation. quæ sub mod.*

Solutio etiam in extraneam personam] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes?] Conferri in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur: in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l. cum qui.* 56. §. 2. *l. ultim.* §. 3. *de verb. obl. l. si mihi.* 23. *de fidej. l.* 9. *l.* 10. *de solut.* Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori: tot enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc 5 loco & *d. l. ultim.* §. 3. *de verb. obl.* traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars dumtaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui verò disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, apertè stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecta impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo 6 adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare. *l.* 7. §. 1. *de constit. pec. l.* 10. *de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l. si mihi.* 23. *de fidejuss. l. is qui.* 33. *de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. l.* 7. §. 1. *de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cùm verò omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam, quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum rectè dabit adjecto, *l. cum decem.* 71. *pr. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *l.* 12. §. *pen. de solut. l.* 16. *de fidejuss.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Semproni servo dari: soli servo sine voluntate domini rectè solvitur, *l.* 9. *de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *l.* 11. *d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cùm nihil intersit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *l. si ita.* 59. *eodem.* Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *l.* 6. *mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc

veluti

veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit, placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, *l. 10. de solut.* Hanc quidem acceptilatio vim solutionis, habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita, sed tum solummodo, cùm à creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus verò creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quàm adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi, *l. 9. l. Stichum. 94. §. nam si. 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hìc non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *d. l. 9. §. 7.* & quia adjectus procuratori similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur: quippe cùm mandatum morte finiatur, *l. cum quis. 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *l. 16. de fidej. l. si quis. 57. §. 1. de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. idem scribis. 11. de*
8 *pecul. l. aliam. 29. de novat.* Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cùm stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacitè stipulationi insit, *si in eadem causa maneat*. Itaque si vel in adoptionem se dederit, vel deportatus sit, aut servus factus, non rectè ei solvitur, *l. eum qui. 38. princ. de solut.* Planè si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit, dicendum est, adhuc ei solvi posse, *argument. l. eum qui. 26. §. 2. de verb. obl.* add. Donell. *l. 55. d. titul.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium usufructus in specie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum. 95. §. qui usumfr. 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem.] Hoc idem traditur à Scævola in *l. Julianus. 131. §. 1. de verb. obl.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, immo ne procuratorem quidem esse satis constat, *L. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut.* Cæterum stipulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii] Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, promissum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari*. Sed diversa hic omnia 9 constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum, quantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, *l. si mihi. 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur verò tam variè? nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cùm enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit, hanc summam pluribus, sed uni tantùm, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cùm stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eadem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem, *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatio comprehendi, *l. eum qui. 56. pr. de verb. obl.* fac. *l. cui fundus. 56. de cond. & dem. l. reos. 11. §. 1. de duob. reis*. Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quàm pars debeatur, ut rectè censet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. si mihi. 110. de verb. obl.* Planè si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. præd. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantùm vendita intelligeretur, *l. fundus. 64. de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis!* stipulatorem videri tantùm quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; cùm non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quàm dimidiam partem] Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat, *l. si mihi. 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantùm, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. eod. cap. utile. 3. x. de reg. jur. in 6.* Hinc vul-

aovulgo colligunt, jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa onerosa, aut res individua sit. Gomez. 1. *resolut. cap.* 10. *& ibi citati num.* 1. *& seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit, cùm duo ad eamdem hæreditatem vocantur, aut cùm duobus eadem res conjunctim legatur, §. *si eadem.* 8. *sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti fatit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solùm pertineret, add. Duar. *lib.* 1. *de jur. accresc. cap.* 15. Bronchorst. 2. *assert.* 60. D. Swanenb. *de jur. accresc. c.* 8. VINN. Quoties itaque copulativè concipitur stipulatio: *Mihi & Titio decem dare spondes?* stipulatio tantùm ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Enimverò an non turbat *l.* 38. §. 19. *ff. de V. O.* ubi Ulpianus respondet: *Eum qui dicat mihi decem & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sanè, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi: sed id non dicit. Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus. Nam, *si quis testamento suo Titio & Seio decem dari jusserit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA dixisse videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus *l.* 79. *ff. de legat.* 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii absenti ab alio legari possit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri subjectus est] Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri
11 dari: de quo dicemus *inf. sub §. sed etsi.* 19. Pertinent huc dominus & pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari, *hoc text. l. dominus.* 39. *l. eum qui.* 56. §. 3. *l. quod dicitur.* 130. *de verb. obl. l.* 2. *C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *l. si genero.* 26. *C. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. si genero.* 26. Nec obstat *l. quodcumque.* 45. §. 2. *de verb. obl.* nam illud dumtaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ rectè stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantùm receptum in causa dotis, cùm pater dotem & quidem à se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *l. Cajus.* 45. *solut. matr. l.* 7. *C. de pact. conv.* Neque verò uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur. Donell. *ad l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 17. *n.* 60. *de verb. obl.*

Vox tua tamquam filii] Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. *post mortem.* 12. *inf.* Sed observetur, hoc dici cum hac adjectione, cùm per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hìc non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quàm si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur.* 130. *de verb. obl.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, *l. dominus.* 39. *eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi usufructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem usufructus eum actionem habiturum existimo: quia hactenus ejus interest.

TEXTUS.

De interrogatione, & responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas, præsenti die spondeo. Nam si hoc solùm respondeas, promitto; breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

NOTÆ.

5. *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*] Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis, sed pro ea summa dumtaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit: quoniam cùm in majori summa semper insit minor, hactenus quoque aptè responsum hìc intelligitur, *l.* 1. §. 4. *l.* 83. §. 3. *de verb. obl.* Similiter si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctis ex his unam, placet, promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & inter-

interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. 5. *d. l.* 83. §. 4.

Commentarius.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda.*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis? & n. 6.*
5 *Ad quam speciem pertineat definitio* l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.
8 *Quid si impersonaliter respondeatur?*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio,
1 auctore Justiniano in *pr. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quàm ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latinè interrogatus, respondeat Græcè, §. 1. *sup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogandum responderit, *l. quæ extrinsecus.* 65. §. 1. *eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet, Quid ni? rectè respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l.* 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui verò aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: idest, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem.
2 Cùm in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur planè aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit,) sed cùm respondetur plus aut minus placet, non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sivè certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, disertè scribit Ulp. *d. l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum vitiatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. *sed si.* 5. neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistunt, etiam sine ea consistunt, *l. inter.* 83. §. *item si.* 4. *eod.* § *quoties.* 17. *inf. eod.* Vinn. Ita quidem Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Sed nescio an omnes veteres idem senserint. Saltim Cajus *lib. II. Instit. tit.* 9. §. 10. *si creditor*, inquit, *decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur.* Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Hotomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterius sanè magis placet, quàm ut sine ea limitatione paragraphum nostrum ex Ulpiani *l.* 1. *ff. de V. O.* interpretemur. Hein. At cum 3
quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quàm interrogatus est; quod fit, cùm vel simpliciter interrogatus respondet se daturum sub conditione vel in diem; vel sub conditione aut in diem interrogatus respondet purè, id est sic ut expressè dicat se statim daturum: hìc evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quàm rectè hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ulpian. *d. l.* 1. §. 4. cum ait *oportere congruere summam*. At quid si mihi illico placeat responsio tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari: 4
etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulpianus *d. l.* obligationem saltem in decem esse contractam, idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt, an etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, *Licet enim*, inquit, *oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse*: quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est,

est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optime convenit: quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, *fac. l. inter.* 83. §. 3. *de verb. obl.* Idem multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut in responsionem deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videl. quot sunt res expressæ: quarum stipulationum cùm illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire.* 29 *d. l. inter.* 83. §. 4. *l. quod dicitur.* 86. *eod.* At enim Jurisconsultus *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* sic generaliter definit, *Cùm adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cùm stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quàm stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent, neque detrahi, quia prius in altera non sunt. Sed neque pertinet ad eam speciem, cùm major aut minor summa promittitur, quàm stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiamsi in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l.* 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram, cui & subjicitur, cùm scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l.* 1. §. 3. omnino videtur ad eum casum pertinere si stipulanti res plures vel pauciores spondemus, quàm rogavit. Exemplum est apud Plaut. *in Trinum. Act.* 5. *scen.* 2. *v.* 33. ubi quum Charmidas interroganti Lysiteli: *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* responderet: *Spondeo & mille auri Philippum dotis:* Lysiteles stipulationem repetit, quia stipulatoris diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas
6 quàm fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *d. loc.* ait, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo rectè etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeatur. D. Tuld. *comm. hoc tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cùm quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui purè interrogatus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum darum te spoponderis, hìc obligationi conditionem detrahis, purè promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum fit inutilis, quia neutro respondetur servata stipulationis forma, *d. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis verò etiam hic, quod minus rectè sponderi intelligitur, *d. l.* 83. §. 3. Fusè Don. ad *d. l.* 1. §. 3. 4. 5. sed melius ad *l. scire.* 29. *eod. sub fin.* Gomez. 2. *res.* 10. *n.* 4. Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Ostendimus ex Ulpiano *l.* 1. §. 4. *de verb. obl.* cùm quis majorem aut minorem summam spondet, quàm de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus aptè atque ad interrogatum responsum est. Non est existimandum, id negare Imperatorem, cùm hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat;* & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem. *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cùm in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctor Institutionum, quæ Caji nomine scribuntur, *lib.* 2. *tit. de obl.* §. 10. Sive is Anianus fuit, sive quis alius nihil moror. Planè alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. si decem.* 52. *de locat.* Gomez. 2 *resol. c.* 10. *n.* 4. D. Bronch. 4. *assert.* 37. 7

Ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra.] Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia respondetur mutata obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat ex *l.* 1. §. 3. *de verb. obl.* quamquam hoc omissum hic à Compositoribus, ut alia, in quibus hoc genus discre-

pat

pat à superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantùm comparari.

Neque enim necesse est, &c.] Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo, *Spondeo* aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties.* 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puto rectè atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* neque obstat *auth. si quando. C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi*. Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. Alciat. 2. *parerg.* 18. Don. *in l.* 5. §. 1. *n.*4. *& seq. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his qui sunt, vel habent in potestate.

6. *Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juris subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solùm domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii verò familiarum aliis obligari possunt.*

NOTÆ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri*] Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de leg.* 1. aut secum ipse agere, *l.* 16. *de furt.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, §. 4. *sup. eod.* fac. *l.* 7. *de obl. & act. l.* 4. *de jud.* Utique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *de cond. ind.*

Filiisfam. aliis obligari possunt] Servi naturaliter tantùm ex contractibus obligantur, *l.* 14. *l.* 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* τοῖς δούλοις ὡς ἐν τοῖς νόμοις οὐ πιστεύεται. Liban. dec. 16. At filiisfam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l.* 39. *de obl. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. *h. t.* quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censetur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de legat.* 1. *l. hæres* 21. §. 3. *de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. *tit. seq. l. si quis.* 56. §. 1. *de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis.* 56. §. *ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. quod dominus.* 64. *de cond. ind.* sed hîc fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subjectus] Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat: quippe cùm in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov.* 117. *c.* 1. & hodie simpliciter, quoniam ἰσότης illa una cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filii verò familiarum aliis obligari possunt] Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantùm domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l. servi.* 14. *de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam.* 39. *eod. tit.* vid. *inf. tit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

TEXTUS.

De muto & surdo.

7. *Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est, quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnium non audit.*

COMMENTARIUS.

CUm stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per litteras aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, *l.* 1. *pr. de verb obl. l.* 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* Enim verò quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l.* 1.

in pr. de verb. obl. Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti rectè acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, *item vobis. 3. sup. per quas pers.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, *d. l. 1 in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit] Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretis. 10. C. qui testam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat, vid. Plin. *lib. 10. nat. hist. cap. 69.* VINN. Prius non Justinianus, sed Celsus dixit, forte ex philosophi alicujus veteris traditione, quales traditiones de rebus naturalibus sæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Casp. Schott. *Schol. Steganogr. Class 8. cap. 17. Annotat. 2. p. 339.* sed fides sit penes auctorem. Magis certum est surdum à nativitate articulatam vocem edere posse. Artem hîc superate naturæ vitium exemplis pluribus mihi constat. Conf. Præceptoris τῶ μακαρίτου Sam. Stykii *de Jure sens. Diss. 4. cap. 1. §. 21. p. 223.* HEIN.

TEXTUS.

De furioso.

8. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.

COMMENTARIUS.

Verbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu constitui, *l. 1. §. conventionis. 3. de pact.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quàm ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse, natura manifestum est, *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si à reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quàm ut curator dici possit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quàm quia mente caret, sive ut hic scriptum est, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem causa cum furioso est & prodigus, seu is, cui bonis interdictum est, verùm cum de eo obligando agitur dumtaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium rectè gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur non magis quàm furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *l. furiosi. 40. de reg. jur.* Obiter hîc illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea rectè gestum furore postea interveniente perimi, *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac.* & ibi DD.

TEXTUS.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium rectè gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus est, non multum à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

NOTÆ.

Infans] Infantem dicimus usque ad annum septimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate plenè absolvitur integritas loquendi. Macrob. *1. in Somn. Scip. 6.*

Infantiæ proximus] Qui septennium egressus adhuc consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre] *l. ult. §. 2. de verb. obl.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus è re est, saltem tutore auctore obligari posse, cùm ipse vicissim sibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur?*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus?*
3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*

4 De

4 De proximis pubertati: & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur?
5 De obligatione puberum minorum 25. annis.
6 Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?

PUpillus omnia tutore auctore rectè agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quàm alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum condicionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis: verùm ad eos tantùm, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex
1 pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans; est infantiæ proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. servo. 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus. 13. de obl. & act. l. mulier. 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. salv. for. l. 5. de reg. jur.* At enim verò sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, *l. infanti. 18. C. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. Proximus
2 infantiæ dicitur, qui septennium nuper superavit, ἑπταετής, septennis. Macrobius *1. in Somn. Scip. cap. 6. Anno septimo plenè absolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum: cum quia id jure expressè definitum non reperitur: tum quia in eo definiendo mirè variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l. 5. de reg. jur.* Ræward. *ad l. pupillum. 111. eod.* Alii annum decimum tertium, Hotom. *hic.* Robert. *2. recept. lect. 17.* Quibusdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, *17. obs. 4.* Accursius ad hunc loc. & in *l. 1. de novat.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quàm infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Bart. & Castr. *in d. l. 1. de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur Decius *ad d. l. pupillum. 111. de reg. jur.* Vigl. *in §. testes. 6. sup. de test. ord.* Gomez. *3. resol. 1. n. 57.* Schneid. *ad pr. sup. de auct. tut. n. 12. & seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quàm captu & astutia impuberis æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus; ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt, *l. 1. §. ult. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit Joan. Fab. *hic.* & Salic. *ad l. 7. C. de pœn.* eamque probant Dec. Vigl. *citatis loc.* Coras. *6. misc. 23.* Covar. *de matr. p. 2. c. 5. n. 7.* Menoch. *2. arbitr. c. 57. n. 20. & seqq.* Goedd. *de contr. stip. c. 7. n. 185. & seqq.* Philipp. *Matth. ad l. fere. 108. n. 39. & seq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez. *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et verò cùm tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à furioso] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat, ut qui 3 non magis intelligat, quod agitur, aut effectu acquirendi ducatur, quàm furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantùm utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quàm juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis. 32. §. ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod.* Don. *5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hîc dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l. 9. de acq. hær.* dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur, *l. 1. § huic proximus. 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterùm cùm & hîc & iisdem illis locis proditum sit, eum, qui infantiæ proximus est, & stipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus rectè agere posse, quàm qui proximus sit pubertati, quantumvis id benignè receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod

ille scilicet nullum omnino intellectum habeat,
hic nullum perfectum: ille omnino non intel-
ligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si
nec proximus infantiæ ullum intellectum habe-
ret, ne tutore quidem auctore quicquam agere
posset, neque illa interpretationis benignitas
magis in hoc admittenda esset, quàm in infan-
te. Denique non alia ratione receptum est, ut
septennio major, idemque infantiæ proximus
sponsalia contrahere, item sine auctoritate tu-
toris incipere possidere queat, quàm quod ea
ætas jam aliquem intellectum habere credatur,
ut disertè testantur Jurisconsulti, *l. 14. de spon-
sal. l. 1. §. furiosus. 3. de acq. poss. l. quamvis.
32. §. ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximis] Ut scilicet
stipulando aut aliter contrahendo sibi obligatio-
nem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia
rectè gerere possint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cùm
illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. huic
proximus. 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. &
hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam ma-
nere; veluti quod qui tam impubes est, ut ad-
huc infantiæ sit proximus, expers doli & inju-
riæ habeatur, quorum & pœnæ capax est puber-
tati proximus, *l. pupillum. 111. de reg. jur. l. 5.
§. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulch. viol. l.
impuberem. 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal.* Go-
mez. 3. *resol. 1. n. 57.* & cùm infantiæ proximus,
cùm remoto tutore de eo obligando agitur, in
eadem planè causa cum infante & furioso tam-
quam nullum intellectum habens ponatur, de
pupillo pubertati proximo quæri intelligitur,
cùm quæritur, an non saltem pupillus ex con-
tractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter
obligetur. De quæstione quid habendum sit vi-
deamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pu-
bertati proximus est, jam intelligere, quod agi-
tur, velle & consentire natura potest, neminem
dubitare oportet, quin ex conventione sua na-
turaliter obligetur. At pupillum, qui ejus æta-
tis sit, actum rei intelligere, ac proinde consen-
tire posse, satis probant hic textus & supra citati
loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proxi-
mus separatur à proximo pubertati, quod ille
non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille
doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter
de impuberibus omnibus Justinianus pronun-
tiat, nullum esse eorum animi judicium, *§. 1.
sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem rectè
etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re,
de qua ibi agitur, dispositione testamentaria,
in qua merito majus & solidius judicium requi-
ritur, quàm in ullam partem pupillaris ætatis
cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis ex-
pressè traditum est, pupillum (intellige semper
adulto proximum,) sine tutoris auctoritate con-
trahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum il-
lud. 25. §. 1. quand. dies leg. l. si pupillus. 21. ad
leg. Falc. l. Stichum. 95. §. 2. de solut.* Idemque
& effecta huic obligationi jure civili tributa ar-
guunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo,
quod pupillus promisit, teneatur, *l. si pupillus.
127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio,
pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, no-
vetur, *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit di-
stinctio eorum, qui eo demum casu pupillum
sine tutore naturaliter ex contractu obligari sta-
tuunt, cùm locupletior factus est. Nemo enim
ex promissione sua, aut susceptione alienæ obli-
gationis umquam fit locupletior. Deinde si ex
gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locu-
pletior factus sit pupillus, non naturaliter tan-
tùm, sed etiam civiliter obligatur ex constitu-
tione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locu-
pletior factus est, detur, *l. 3. §. pupillus. 4. de
neg. gest. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo casu
non potest intelligi, *d. l. 127. de verb. obl.* ubi
vid. Don. *num.* 11. Quod verò id, quod pupil-
lus ita debet, compensari aut solutum retineri
non potest, non eam rationem habet, quod nul-
la verè hic subsit obligatio: sed quod personæ
pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat.
Planè quoniam effectus naturalis obligationis,
quæ ex conventione nascitur, potissimum cerni-
tur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6.
de compens. l. naturales. 10. de obl. & act.* in per-
sona autem pupilli obligatio eumdem effectum
non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris au-
ctoritate contrahente, sic aliquando loquantur
Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto
modo obligaretur, *l. quod pupillus. 41. de cond.
ind. l. pupillus. 59 de obl. & act.* habita, inquam,
ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & fa-
vorem propter debilitatem consensus obligationi
vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere pos-
sit: non autem considerata conditione obligatio-
nis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne ac-
cessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut
nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret,
eum eximere poterunt, quæ de naturali obliga-
tione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. & tract. de
pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure natu-
rali obligantur puberes minores 25. annis. Quip- 5
pe qui si curatorem non habent, etiam jure ci-
vili ex conventione sua obligantur, ita ut ca-
ptis necessaria sit in integrum restitutio. Enim
verò si curatorem acceperint, consensum ejus
adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eo-
rum contractu obligatio nascitur, *l. 3. C. de in
int. rest. min.* cui è diametro obstare videtur,
l. puberes. 101. de verb. obl. nisi dicamus, ver-
bum *suis in d. l.* generaliter tantùm respectum
curatorum & adultorum, tamquam correlato-
rum, exprimere. Modestinus haud dubiè Græ-
cè sic scripsit, [illegible], &c. Quod
autem quidam eum locum restringunt ad sponsa-
lia aut nuptias, oppido quàm ineptum est. DD.
in d. l. 3. & in d. l. 101. mirè variant in horum
locorum conciliatione, *vid. d. cap. 14. de pact.*
Ubi *num. 16.* probo sententiam Tim. Fabri *anni-
vers. disput. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatori-
bus suis &c.* sic interpretantis, absentibus cura-
toribus suis, puberes alibi versantes sine curatori-
bus

bus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, *l. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc græcè scripsisse, æquè incertum est, ac quod scripserit, *οἱ ἄνδρο νεμενῶν*. Nec principiis juris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascumque contrahere obligationes, modo eo absente promitteret. Verissimum itaque est, pupillum sine tutore naturaliter quidem, sed non civiliter: minorem sine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejusque rei consultissimam hanc esse rationem, quod tutor personæ, curator rebus datur. Unde & minor non restituitur, nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l. 101. ff. de V. O. probat. l. 43. ff. de V. O.* Adde quod & jusjurandum deferre potest, *l. 9. §. 4. ff. de jurej.* & ex confessione sua tenetur. *l. 6. §. pen. de confess.* Eleganter & solidè hæc demonstravit vir amplissimus Zachar. Hub. *diss. de obligatione puberum*, ubi & *l. 3. C. de in integr. restit.* his principiis non adversari docet *cap. 7.* HEIN.

6 *Ne auctore quidem patre obligatur.*] Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cùm pupillus, ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cùm alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam è re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cùm pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet, nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur è re sua esse obligari, ipse promittat. Planè cùm pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti. 18. in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. fin autem. 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit,* Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur,* Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *purè facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

NOTÆ.

10. *Cui natura impedimento*] Huic similis est quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l. 15. de cond. instit. l. 26. & seqq. de verb. obl.*

Si digito cœlum non attigero] Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem, sed *ἀναγκαῖόν τι*. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. *περὶ ἑρμ. cap. pen.* Consentiunt JCti, *l. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

Ex defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quid promittit, is se obligari non vult prius quàm conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio, consteterque jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maximè evenire necesse est, cùm stipulatio facta est sub conditione impossibili; quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cùm natura existere non possit. Neque hoc solùm in stipulationibus, *l. 1. §. item. 11. de obl. & act. l. 7. l. si stipuler. 35. de verb. obl.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cùm conventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem, *l. nonsolum. 31. de obl. & act.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur, & pro non scripta habetur, *l. 1. de cond. inst.* vid. *sup. §. impossibilis. 10. de her. inst.*

Cui natura impedimento est] Impossibilis conditio propriè est, quæ in eum casum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non ineptè impossibilem dixeris, quæ turpis est & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri posse credendum est,

quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius. 15. de cond. inst.* & sub tali quoque conditione facta stipulatio æquè nullius momenti est, *l. generaliter. 26. cum seq. l. si stipuler. 35. §. 1. l. stipulatio. 61. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. de verb. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferius, §. *quod turpi. 26. hoc tit.*

Si digito cœlum non attigero] Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio; *Si digito cœlum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero*: sed necessariam, & quam certum est exstituram esse. Thom. *in 4. distinct. 29. art. 3. q. 3.*
1 Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Arist. *de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse, sed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Jurisconsultus scribit, eum, qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè stipulari videri. Et verò absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quod non potest non existere. Rectè igitur hìc ait Justinianus, si talis conditio inferatur stipulationi, *Si digito cœlum non attigero*, purè contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiunt Jurisconsulti in *l. 7. & l. 8. de verb. obl.*

TEXTUS.

De absentia.

12. *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cùm hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat forte post tempus tales allegationes apponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus; ideo nostra constitut. propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.*

NOTÆ.

12. *Toto eo die, &c.*] Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, *l. 23. C. d. tit.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est, cujus negatio per indirectum probari potest, *d. l. 14. C. de contr. stip.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7.* Aristot. *Rhet. ad Alex. c. 14.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. 57. de don. int. vir. & ux.
2 *Summa constit.* in l. 14. C. de contr. stip.
3 *Probatio negativæ arctatæ loco & tempore.*

INter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero altero audiente, perspicuum est, absentem non magis, quàm mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.* Non adversatur Paulus in *l. ea. quæ. 57. de don. int. vir. & ux.* ubi profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Absentes variè pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, *d. l. 1. de verb. obl.* 1

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cùm ex eo quod non nisi inter præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *l. optimam. 14. C. de contr. stip.* Voluit fidem haberi scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur, partes præsentes fuisse, nisi qui contradicit manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet verò illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat: per *l. precibus. 18. C. de probat.* DD. ad *d. l. optimam. 14. C. de contr. stip.* 2

Scripturas tales esse credendas.] Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris, & de jure, ut loquuntur, cùm adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantùm. Atque hanc pro instrumento præsumptionem interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim

enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solemnitatis. De qua *inf.* §. *si scriptum.* 16.

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum] Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Ro-
4 mæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negan-
tis naturali ratione probationem nullam esse, *l. actor.* 23. *C. de probat. l.* 10. *C. de non num. pec.* id verum est, quatenus solùm negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quamquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantùm. DD. in *d. l. actor.* 23. *C. de prob.* Duar. *cap.* 4. *de probat. in post. comment.* Donell. *cap.* 4. *de probat.* Quintil. *lib.* 5. *cap.* 6. & 7.

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quàm alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quàm post mortem ejus, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quàm moriar, *vel,* Pridie quàm morieris dare spondes? *inutilis erit stipulatio. Sed cùm, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quàm moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ?*
2 *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutarit?*

Olim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret. Eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort.* 35. *sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l.* 12. *in fin. cum l. seq. mandat.*

Pridie quàm moriar] Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quàm moriar*, aut *Pridie quàm morieris dabis?* incidere in speciem præcedentem, cùm quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post eorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum, *Pridie quàm hæres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant. *d.* §. *post mortem.* 35. *sup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum.] Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in *l. scrupulosam.* 11. *C. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in aut ante diem mortis tam stipulatoris, quàm promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quàm morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. unic. C. ut act. ab hær.* In hujus juris mutatione 2
ait, se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cùm moriar*, vel *cùm morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem.* 14. *inf. eod.* & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem §. *loca.* 5. *sup. de verb. obl.* & ad §. *impossibilis.* 10. *sup. de hæred. instit.*

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13. *Item si quis ita stipulatus erat,* si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed cùm Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solùm in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ: *Si navis erat venerit hodie dare spondes?* præposteræ dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis: quod *ὕστερον πρότερον*, cùm in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, § 4. *sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præposterè concepta videri debeat? Sed præposteram non esse indicat particula *tum*, quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis tunc, cùm conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujusmodi. 64. de verb. obl.*

Si navis erat ex Asia, &c.] Ita & Theoph. *ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας*. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *erat*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. Pac.

Sed quum Leo inclytæ recordationis] Cùm præposteræ stipulationes in dotibus à Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cùmque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis invo diem; posterius Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantùm conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præposteri. 25. C. de test.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat*, cùm moriar, dare spondes? *vel*, cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item post mortem alterius rectè stipulamur.*

NOTÆ.

14. *Cùm moriar, cùm morieris*] Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, *l. 45. §. 1. & pen. de verb. obl. l. 17. de cond. ind.* etiam in legatis, *l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit. 24. §. 15.* scil. auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, *l. 8. §. 1. de man. test.* Cujac. *3. obs. 34.* qua de re olim quæsitum. Gell. *6. c. 13.*

15. *Post mortem alterius*] In hac formula, *post mortem Titii dare spondes?* apertè cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

Auctores nostri ex sententia quorumdam philosophorum (vid. Gell. *lib. 6. cap. 13.*) momentum moriendi vitæ potius, quàm morti dandum censuerunt: cui consequens est, ut quæ in tempus post mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cùm moriar*, vel, *cùm morieris dare spondes?* semper probatæ fuerunt, *l. quodcumque. 45. §. 1. & pen. de verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cùm hæres morietur*, *l. hæres. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit. de legat. §. post mortem. 15.* Neque obstat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cùm momentum moriendi non morti, sed vitæ attribuatur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inst.* Add. quæ scripsimus ad §. *post mortem. 35. sup. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cùm morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cùm morientur, *l. quodcumque. 45. §. 1. de verb. obl.*

Post mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hic cessat ratio, ob quam placebat, stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem, quid hic futurum sit si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali, § 4. *sup. de verb. obl.* Ego verò didici, diem adjectum, quem certum est extiturum esse, etsi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, *cùm moriar, cùm morieris, cùm Titius morietur*, jure conditionalium censeri, ut obligationem differant; sed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantùm antequam dies veniat, non possit, §. 2. *sup. d. tit. l. 79. de cond. & dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti, sed transmitti debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulatori statim quæsita fuit.

TEX-

Textus.

De promissione scripta in instrumento.

16. *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

Commentarius.

PRo instrumento duplex præsumptio est: una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditor, quod scriptum est, nisi contrarium manifestè doceatur, §. *item.* 11. *sup. eod.* altera, quam appellant præsumptionem *solemnitatis*; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l. sciendum.* 30. *de verb. obl.* Veluti si scriptum sit in instrumento, promisisse aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente responsum esse, *l. Titia.* 134 §. 2. *de verb. obl. l.* 1. *C. de contr. stip.* Paul. 5. *sent.* 7. unde hic locus descriptus videtur. Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. *ult. tit. seq.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, *l. juris gentium.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* Donell. *ad d. l. sciendum.* 30. *de verb. obl.*

Textus.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat,* Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si verò unam ex his vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.*

Notæ.

17. *Propter omnes tenetur*] Sive universæ verbo collectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. *sup.* add. *l.* 29. *l.* 86. *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus spoponderit] *l.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, *d. l.* 83. §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione purè promittit, mutata forma interrogationis. *v. sup.* § 5.

Et ad singulas respondere] Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

Commentarius.

1 *Cur, cùm plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur?*
2 *Interesse, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*
3 *Hotomanni emendatio improbata.*

REs plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare spondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut *Summam illam* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ, hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l. scire.* 19. *l. quod dicitur.* 86. *de verb. obl. l. quia dicitur.* 32. *de evict.* Excipe speciem *l. Titia.* 134. §. *ult. de verb. obl.* De posteriore specie nullum dubium est, quin pro- 1
missore simpliciter respondente, *Dabo*, obligatio rectè constituta sit. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cùm, uti dictum est, plures hìc intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hìc responsionem sufficere; quippe simpliciter respondendo, *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, §. *præterea.* 5. *sup. eod.* Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus responderit] Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter.* 83. §. 4. *de verb. oblig.* Diversa causa est rerum plu- 2
rium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum spoponderis; hìc enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, purè promittens quod sub conditione stipulatus sum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter.* 83. §. 2. junct. *l.* 1. §. 3. *eod.*

eod. In pluribus tamen summis hìc quod minus est sponderi intelligitur, *d.l.inter.*83.§ 3.dixi *sup.* §. *praeterea.* 5. *hoc tit.*

Et ad singulas respondere debemus.] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam dumtaxat respondeatur, obligatio in his tantùm contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura, ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut suprà dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatus quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur:* Titio dari? *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam,* Nisi dederis, tot aureos dare spondes? *tunc committitur stipulatio.*

NOTÆ.

18. *Nihil interest stipulatoris*] Pecuniariter scilicet. Affectioni autem tantùm tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacumque pœna promissa sit, tantam deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

QUi alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut verò alii detur, nihil interest nostra, *hoc text. & l. stipulatio.*38.§.*alteri.*17. *de verb.obl.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiosè, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, sub §.4. *sup. eod.* Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, qua quod alteri stipulando rectà consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certè non minus nobis consulatur. Ea est, ut, si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat quod promisit, cùm si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet] Tria hoc loco & *d. l.stipulatio.*38.§.*alteri.* 17. de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœnæ subjicitur, jure non valet. Deinde pœnam, existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipu- 1
latio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cùm sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l.stipulatio.*61.*l.si homo.*69.*de verb.obl.* Respondeo, verum non est, quod hìc assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æquè atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cùm nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l.*1.§.*penult. eodem.* Quod verò impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque verò pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *argum. l.aliud est fraus.* 131. *de verb. sign.* Donell. *ad d. l.* 2
si homo 69.*de verb.obl.* Alterum, quod hìc discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l.* 7. *de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo, pro-

priè

priè id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus*, *l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusivè dici interesse nostra, cùm ex sola affectione interest: cui affectioni tantùm jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta
3 debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non inspici quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solùm, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne; quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quàm efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, *§. omnes. 21. inf. de actionibus.* ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse pacifcitur, *fac. §. ultim. sup. de verb. obl. l. ultim. de stipul. præt.* Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantùm est, non duplum, triplum &c. alterius rei, cùm ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circa fin.* & *in d. l. stipulatio. 38. §. al-*
4 *teri. 17. n. ult.* Cæterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solùm procedere, cùm pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti, *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare spondes?* Hìc volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifestè ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. considerari potest, quàm simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod. int.* aut certè non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. si dictum. 56. de evict.*

Tunc committitur stipulatio] Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cùm conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, *§. sub conditione. 4. sup. de verb. obl.*

Textus.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. Sed & si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperit, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

Notæ.

19. *Cùm ejus interesset*] *d. l. 38. §. 20.* Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quàm sibimet ipsi stipulari videtur, *l. 118. §. ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit.] Alii, *cesserit*, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo] Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de adm. tut.*

Procuratori suo] Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

Commentarius.

Cum ejus interesset.] Cum dicimus, eum qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei, in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione. §. 4. hoc tit.* Hìc posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hìc una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. stipulatio. 38. §. si stipuler. 20. de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cùm nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quàm nobismetipsis stipulari videmur, *l. liber homo. 118. §. ult. eodem.*

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio. 38. §. si sti-*
pu-

puler. 20. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l. 3. §. 2. de admin. tut.*

Si quis procuratori suo] Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio; ob eamdem scilicet caussam; quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur, cùm ejus intersit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certâ die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterant, *d. l. stipulatio. 38. §. unde. 23. d. l. liber homo. 118. §. ultim. eodem.* Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, vid. *sup. §. 4. num. 2. eodem.* VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregiè illustrantia exstant in *d. l. 38. §. 20. sequ. ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *sup. §. 3. eod.* Cæterum etiam hìc remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè convenitur. Licet etiam hìc quanti ea res est stipulari, *l. stipulatio. 38. §. 1. & 2. de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. l. sancimus. 26. C. de fidejuss. d. l. stipulatio. 38. §. 2. & hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit, forte præstitum non iri, *arg. l. 7. §. 1. qui satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam. vid. Fach. 3. *contr.* 20. Diod. Tuld. *in comm. hic. cap. 5.*

TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, *§. 1. sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, *§. sic itaque. 14. inf. de act.* & translatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, *l. 4. C. de don. ante nup.*

TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*] Hìc non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Theoph. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit. Error verò in solo nomine, cùm de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *l. 32. de verb obl. §. 29. sup. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando error consensui obstet, aut non obstet?*
2 *Quid, si non in ipso corpore, sed in materia rei erratum?*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l. 1. §. 3. de pact. l. in omnibus. 55. de obl. & act.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quàm error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem. 15. de jurisd. l. 2. de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, 1
de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. si in nomine. 32. de verb. obl. §. siquidem. 29. sup. de legat. l. 4. C. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de ju-*

jurisd. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9. pr. de hæred. inst. Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantumdem est, si erratum sit in re promissa, cùm de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non fit. *hoc text. l. inter. 83.*
2 *§. 1. l. continuus. 137. §. 1. de verb. obl.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hìc valere stipulationem, *l. si id. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. seq. l. 14. in fin. de contr. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio; cùm utique longè minoris æs, quàm aurum, acetum quàm vinum empturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erravit, cùm suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hìc summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis. 36. de verb. obl.*

TEXTUS.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex caussa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l. generaliter. 26. & l. seq. l. si flagitii. 123. de verb. obl.* Nec ea tantùm, quæ apertè flagitiosa sunt, in stipulatione deduci non possunt: verùm etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio. 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inut. stip.* Quinimmo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cœdem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cùm hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *l. jurisgentium. 7. §. 3. de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus dumtaxat prohibentur, veluti stipulatio pœnæ, si quis uxorem hanc non duxerit, *l. 134. pr. ff. de V. O. l. 2. C. de inutil. stipulat.* stipulatio quotæ litis *l. 7. ff. mand. l. 53. ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipso jure inutiles sunt, quod copiosè contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cùm quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

NOTÆ.

24. *Idem est & ex parte promissoris*] Ut si pendente conditione promissori quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. obl.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, *§. 4. sup. d. t.*

COMMENTARIUS.

Hic locus à me expositus est ad *§. sub conditione. 4. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*] Ex Pompon. *l. 42. eod. v. sup. §. 2. eod.*

Non poteris continuo agere] Hoc non ad jus petendi, *d. §. 2.* sed ad ejus, quod petitur, præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile, statim cum sacco venire creditorem, *l. 105. de solut.*

COMMENTARIUS.

Duo hìc docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta, ante agi non possit, quàm totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui purè quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad *§. 2. sup. de verb. obl. l. 42. eod.*

Ti-

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. Lib. 46. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4.

Continuatio, & argumentum tituli.

OBligatur quisque aut proprio nomine, sive principaliter, aut nomine alieno, sive accessoriè, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est; cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. *tua tantum. 6. inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *de constituta 9. infr. de action.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43.* atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. Blanditus. 12. C. hoc tit.* Indicatur hîc primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum, docetur que, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permistè, quatenus obligetur, quaque forma constituatur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTÆ.

Solent alii obligari.] Accessoriè videl. seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. *6. inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *9. inf. de act.* & maximè qui, quod alius debet, fide sua esse jubet interposita stipulatione, de quibus solis hic agitur: conjungatur *l. ult. C. de const. pec.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.*
2 *Fidejussor idem qui & adpromissor, expromissor alius.*
3 *Sponsores, prædes, vades.*

P*Ro eo, qui promittit, solent alii obligari*] Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et 1
igitur cùm fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quamdam alterius obligationis Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere posse.

Qui fidejussores appellantur] A jussione & fide, 2
ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. in omnibus. 43. de solut. l. si verò. 64. §. 4. solut. matr.* quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cùm tamen obligari deberet, *l. 7. §. servus pactionis. 8. de dol. mal. l. qui libertinus. 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8 §. si convenerit. 8. ad sen. Vell. l. ult. de senat. Maced.* unde & à fidejussore passim distinguitur, *l. ut res. 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. l. 7. §. servus. 8. de dol. mal. d. l. 64 §. 4. solut. matr.* Veteres, 3
quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores*. Cicero *ad Attic. lib. 1. Ep. 8. Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* Et alibi, *Famil. lib. 6. Ep. 18. De negotio tuo, quod sponsor es pro Pompeio, si Galba consponsor tuus redierit*, &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur, *prædes*, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teste Ascon. Pædiano *Verr. 3. satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus: *Præs*, inquit, *est is, qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, an præs sit, ille respondet, Præs.* In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: *Festus ait, prædem dictum esse, quod interrogatus à populo si præs esset, respondebat, Præs, supple, sum. Præesse antiquitus significat præsentem esse, παρεῖναι. Unde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait, Spondere qui nos,*

noxa

noxa quia præsest, vetat. Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* sic legendum existimat: *Itaque præs qui à magistratu interrogatus in publicum an præsest; à quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in caussis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll.* 12.

Quis subit in pœnam capitali judicio? Vas.

Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs. Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. Vid. Hering. *de fidejuss. cap.* 3. *n.* 43. & τὸν νῦν clarisſ. Salmaſ. *lib. de mod. usur. c.* 16.

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l.* 9. *in fin. de sup. leg.* Senec. *de benef.* 7. 14.

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.*

NOTÆ.

1. *In omnibus obligationibus*] *l.*1.*l.*2.*l.*8. §. 1. *l.* 10.§.3.*h.t.*etiamsi obligatio ex delicto oriatur,*d.l.* 8.§.5 *l.*56.§.*ult.l.*70.§.*ult.eod.*utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l.* 13. *ad leg. Aq.l.*22.*C.de pœn.*Textus autem in *l.*1.cum *seqq.de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis] *l.*6. *in fin. l.* 7. *l.* 16. §. 3. *h. t.* ut ut arctius hoc casu astringatur fidejussor, quàm reus, add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu rectè intervenire, excepta causa dotis.*
2 *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3 *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?*
4 *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur?*
5 *Quid si obligatio sit merè civilis?*

OBjectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cùm fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *l.*6 *in fin.l.fidejussor.*16.*l.si sub.* 29.*l.si quis.*37.& *pass. hoc tit.l.*6.*de verb.obl.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum non habet, *l.si mihi.*23. *eod.* Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit, tenet fidejussio, *l* 1.*l.*2. *l.*6.§. *ult. l.*7.*l.* 8.§.1.& *seqq. l.* 16. §. 3. *eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem 1
rectè accipi, nemini dubium esse potest; quippe cùm ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantùm species hìc excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, *l.* 1. & 2. *C. ne fidej. dot. dent. l.* 1.*C. Theod.de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant. vid. Fachin. 8. *contr.* 76. Gail. 2. *obs.*84. Ant. Fab.*C.suo*, *d.tit. defin.*1. Ant. Merend. 6. *contr.* 13. Christin. *vol* 3. *decis.* 141. VINN. Nolim tamen ego his auctoribus adsentiri, quum non modo rubrica tituli *C. ne fidejuss. dot. dent.* prohibitionem involvat, verùm etiam *l. un. C. Th. de fidej. dot.* ex qua *l.* 1. *C. Justin. eod.* desumpta est, disertè *omnium sponsorum vel fideiussorum in cavenda dotis sponsione promissiones deinceps absolvat*. Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi æquè in maritum ultro fidejussores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim absurditas, eadem turpitudo, idem fidei ac amoris conjugalis contemptus hìc versatur, ut rectè monuit Harprecht. *ad h.* §. *n.* 11. Potest tamen pignus à marito pro dote dari, *l.*7. §.6. *ff. de don. int. vir.* & *ux.* quia hìc alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa *l.* 55. *ff. de jure dot.* Potest denique satisdatio exigi de solutione dotis post certum tempus *l.* 24. §. 2. *ff. sol. matr.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris sed tertii fidem in dubium vocat; ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. HEIN. Sed etsi ex delicto oria- 2
tur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *l.* 8. §. *sed* & 5. *l. si quis.* 56. §. *ult. l. si à reo.* 70. §. *ult. hoc tit.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum

repo-

reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eamdem pœnam postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 13. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi
3 sustinere, *l. sancimus. 22. C. de pœn.* Alia verò quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia mulctentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. C. de appell.* Porro non tantùm obligationi civili, sed etiam
4 naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quàm reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine dumtaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis, quippe qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantùm ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Ræward. *2. var. 9.* Robert. *2. recept. lect. ult.* Cont. *2. lect. 3.* Lyclam *6. memb. 8.* Quid si obligatio sit merè civilis?
5 Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure prætorio, & sine re atque effectu inutile, *l. nihil interest. 112. de reg. jur.* huc non pertinere. Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest, tamen cùm & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 3. §. 1. de pecun. const. l. 14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, *fac. l. si quis. 37. hoc tit.* aut certè si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eâdem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit, per *l. 7. §. 1. de except.* Bart. *in l. 1. num. 3. hoc tit. post Gloss. hic.*

Sive litteris] Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione merè civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro merè civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est, una verè talis, altera præsumptivè: qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea est, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio post silentium biennii auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Utrum civilis] Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolutè quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro servo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantùm obligantur, *l. 14. de obl. & act.* Ac ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus; potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere, *l. si à reo. 70. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *l. si quis. 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione, quam indicavi *tit. præced. §. item inutilis. 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

Satis notum est, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, *§. 1. inf. de perp. & tem. act. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *l. 13. C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantùm obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejussoris. 24. C. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tam diu, quàm vivit & tenetur is, qui deliquit: eo verò mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur,

ratur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, d. §. 1 *inst. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia. 164. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi* Costal. *si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria. VINN. Aliquando fidejussio in hærede fit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantùm fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, hæres fiat. De quo casu intelligenda videtur *l. 95. §. 3. de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *personalis*. Conf. Viri amplissimi Zach. Hub. *Diss. de Chirogr. Pauli, cap. 1. §. 6. p. 67.* HEIN.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

Et præcedere] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l. 6. §. ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cùm & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim verò in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. non quemadmodum. 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quàm reus debeat, *l. fidejussor. 57. hoc tit.*

Et sequi potest.] In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l. 12. §. si post. 14. mand.* Item à pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l. 1. §. 1. de pec. constit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutum fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

NOTÆ.

4. *Ex epistola D. Hadriani*] *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. C. de pec. const.*

Hujus solius detrimentum] Poterit quidem quod solvit, repetere à debitore actione mandati, sed à creditore partem repetere non potest: nec adversus confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cùm solvit, actiones sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea crederentur, *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat? Et num. 6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat? & alia remissivè.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis; & quid inter hæc intersit?*
7 *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum?*
10 *Renunciatione superiora beneficia amitti.*

Plures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, *l. 3. C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promittendi. 99.* unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis*. Rectè enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cùm plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quàm si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cùm horum singuli promittant id quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola 2
Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes sol. endo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures. 26. hoc tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis*

appellatur; competitque non fidejussoribus tantùm, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quotum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox
3 latius explicabimus. Novissimè & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth. præsente. C. hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quàm ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quàm si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo verò spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor rectè convenitur. Verùm cùm de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notoriè non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum Mynsf. *cent. 2. obs. 15.* Gail. *2. obs. 27. n. 14.* Menoch. *consil. 661 n. 20.* Vasq. *illust. quæst. p. 1. lib. 1. c. 40. n. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causâ, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. C. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. Fachin. *8. cont. 53.* Ant. Fab *C. suo, hoc tit. defin. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, *decis. 13.* An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, Gail.
4 *d. lib. 2. obs. 28.* Schneid. *ad hunc §. n. 11.* Christin. *vol. 5. decis. 214. num. 46.* Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi exceptionem ordinis non habere; quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l. 1. de stip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus. 52. de verb. obl.* Ant. Fab. *C. suo, defin. 5. hoc tit.* Christin. *vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantùm obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. Gail. *d. obs. 27. n. 20.* Consule porro de beneficio ordinis DD. *in auth. præsente. C. hoc tit.* Gomez. *2. resol. 13. n. 14.* Gail. *2. obs. 27. & seq.* Hering. *de fidejuss. c. 27. part. 1.* Christin. *vol. 5. decis. 2. n. 14.*

Compellitur creditor à singulis] Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fin. C. hoc tit.* secundùm quod Parisiis judicatum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arrest. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum 5
notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter. 26. eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantùm viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter. 26. l. si testamento 49. §. 1. in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxi- 6
lium divisionis indulgeri, quàm si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actionem non dividi, *l. si à Titio. 43. l. si plures. 27. §. ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantùm dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pup. salv. for.* ubi & ratio additur.

Solvendo sunt litis contestatæ tempore] Duæ sunt 7
conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter. 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter. 51. §. pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expressè rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifestè & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. *in d. l. 10. §. 1. n. 5.* Sichard. *n. 10. & seqq.* Don. *n. 2. & seqq.* Ordinis verò & excussionis exceptio, cùm sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fabr. *C. suo hoc tit. defin. 38.* Fachin. *8. contr. 52.* Christin. *vol. 5. decis. 214. & ibi citat.* Dissentit tamen Gail. *2. obs. 27. num. 3.* 8
contendens, opponi eam posse usque ad conclusio-

sionem in causa; quamquam fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non posse, add. D. Jo. à Sande *lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *si quis 6. inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel à creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 11. C. eod.*
9 Planè potest fidejussor conventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cùm solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejussoribus. 17. l. eum is. 36. l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. d. mandati. 14. C. eod. l. Modestinus. 76. de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem rectè fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. cess. c. 7. n. 11. & seq.* Groenevv. *de ll. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l. 1. §. & si forte. 13. de tut. & rat. distr.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimverò exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores. 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. *vol 4. decis. 179 n 10 & seqq vol. 5.*
10 *decis. 214. n. 51. & seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expressè renunciaverint, renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renunciare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari possunt] Vel in minorem summam, quàm quæ debetur à reo principali, vel alias in causam leviorem, *d. l. 8. §. 7. & seqq. l. 34. h. t. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem arctius, quàm reum principalem obligari posse: durius non posse.*
2 *Acceptum in majorem quantitatem, quàm quæ debetur, ne in debitam quidem obligari.*
3 *Transpositione Haloandri in* l. 8 §. illud. 7. hoc tit. *everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4 *Explicatur* l. rogatus. 33. mandat.
5 *Constituti & fidejussionis quàm dissimilis sit ratio?*
6 *Removetur obstaculum ex* l. 1. §. stipulanti. 4. de verb. obl.
7 *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum.*

Cum fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quàm reus principalis, veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cùm reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. *hic.* Gomez. *2. resol. 13. num. 2.* adeoque pro eo, qui naturaliter tantùm obligatus est, fidejussorem rectè intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam 1

verò duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quàm reus principalis, *hoc text. l.* 8. §. *illud.* 7. *eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensivè obligari potest, extensivè non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quàm debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l.* 8. §. *illud* 7. omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum planè non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. *comm* 6. Hotom. Bachov. *in hunc* §. Fachin. 8. *controv.* 51. Gœdd. *c.* 4. *de contr. stip. concl.* 4. *num.* 65. *& seqq.* Timæ. Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro, Mynsf. Vvesemb. Gifan. *hic.* Gomez. 1. *resol.* 13. *n.* 2. Duar. *ad tit. de fidejuss. c.* 3. Vasq. 1. *illust. q.* 40. Bronch. 4. *cent.* 53. Hering. *de fidejuss. c.* 24. *n.* 52. *& seqq.* quibus etiam accedit
2 Diod. Tulden. *comm. hic c.* 2. Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt; definit Ulpianus *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *hoc tit.* eos, si in duriorem causam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, planè, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur ipsove Ulpiano, *l. si non sortem.* 26. §. *indebitum.* 3. *de cond. ind. l.* 3. §. 2. *in fin. de adm. tut. l.* 4. §.
3 *sed enim.* 3. *rem pup. salv. for.* Quod si cum Haloandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*: aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantùm & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est, falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra casum propositum. Nam certum utique est, fidejussores planè non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si purè spoponderint, quod reus sub conditione aut in diem debebat, vel si purè reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicitè quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quàm quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *cum seqq. l.* 16. §. 1. *l. hi qui.* 34. *l. si testamento.* 49. §. 2. *l. si à reo.* 70. §. 1. *&* 2. *hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur; maximè verò quod responsum est, fidejussorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento.* 49. *in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione
principali, valere possit. Nihil admodum pro con- 4
traria sententia facit *l. rogatus.* 33. *mand.* Nam ut rectè Gloss. & Bart. *in d. l.* 8 §. *illud.* 7. respondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quàm reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quàm rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in §. *is qui.* 8. *inst. de mandat.* Neque ullum in *d. l. rogatus.* 33. verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quàm quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus.* 33. agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut
si, verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta cre- 5
deres Titio, & tu centum tantùm credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cùm feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra.* 22. *C. mand. & ibi* Salic. *de fidejuss.* Non obstat, *l. hactenus.* 11. §. 1. *de pec. const.* Nam in constituto nuda tantùm æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *d. l.* 5. §. 2. *d. tit* quod aliud, quàm quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui in citeriorem diem, *l.* 1. §. *an potest.* 5. *l.* 4. *eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *& seq. l.* 16. *pr. l. si ita.* 42. *hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse. Illud majoris momenti est, quod in majori sum-
ma vi ipsa & potestate inesse & minor intelligi- 6
tur, *l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *l. inter.* 83. §. 3. *de verb. obl.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l.* 1. §. 4. Jam verò si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus aptè responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eamdem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quàm reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non aptè respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejus-

dejussor, quàm principalis reus, *l. si testamento. 49. in fin. hoc tit.* VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriorem caussam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Joannis Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in *Recit. ad lib. 11. Resp. Papinian. in l. 9. ff. de usur.* Sed is ipse hanc sententiam deseruit in *Notis secundis ad Inst. h. §.* & in *Recit. ad lib. 4. Jul. & Minic. in l. 33. ff. mand.* ubi fidejussorem in duriorem caussam datum, saltim in minorem obligari docet. Id quod sanè principiis juris magis consentaneum videtur, partim ob *l. 33. ff. mand. & l. 11. §. 1. ff. de pec. const.* quibus non usquequaque satisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginti promiserit, decem debeat, *l. 1. §. 4. ff. de V. O.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitiari. *l. 9. ff. de usur. l. 1. §. 4. de V. O. l. 35. §. ult. C. de donat.* Nec aliter græci videntur docuisse. In Basilicis enim in *l. 8. §. 7.* de fidejuss. & mand. pro *omnino non* legimus *οὐδ᾽ ὅλως, non omnino*, id est, non in totam summam majorem, in quam datus est. Conf. Em. Merill. *Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 1. p. 199.* HEIN. D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam à fidejussore stipulatus fit, quàm reus debebat, an eamdem, & fidejussor majorem promiserit: veluti si cùm decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quàm decem stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cùm creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quàm quantum reus debet, non potest propriè dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem caussam. Planè nunc in consulendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solùm, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quàm stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla planè nunc sit stipulationis & constituti differentia. Gomez. 2. *var. resol. cap. 13. n. 2.* Autumn. *confer. du droict. hic.*

Accessio est principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus. 43. de solut. l. novatione. 18. de novat. l. cum principalis. 178. de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hìc docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quàm principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione] Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc caussam nihil impedit, quominus plus pretii sit in accessione, quàm in principali re, *§. si tamen. 26. sup. de rer. div. l. cum aurum. 19. §. perveniamus. 13. & seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione. 34. de contr. empt.*

Ut minus debeant, obligari possunt] Fidejussor in leviorem caussam obligari potest, veluti in minorem summam, quàm ea sit, quæ debetur; aut pro reo purè accepto, ex die vel sub conditione, *d. l. 8. §. illud. 7. hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l. 8. §. antepen. & pen. l. hi qui. 34. eod.*

Non solùm in quantitate] Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, *§. si quis agens. 33. inf. de actionib.*

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.*

NOTÆ.

6. *Mandati judicium*] *l. 10. §. 11. mand.* nempe si mandatum vel expressè vel tacitè intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 1. d. t. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l. 10. §. fidejussores. 11. mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo fit, ut fidejuberet, *l. ex mandato. 20. §. 1. d. tit.* aut cùm reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandat. l. 6. C. eod.* Quod si verò pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l. 6. §. 2. d. l. ex mandato. 20. §. 1. eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l. 4. hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l. 6. §. 2. l. si pro te. 40. mandati.*

TEXTUS.

Si fidejussor Græcè accipiatur.

7. *Græcè etiam fidejussor ita accipitur*, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. *Sed & si dixerit*, Θέλω, *sive* βούλομαι, *sed &* φημὶ, *pro eo erit, ac si dixerit*, Λέγω.

COMMENTARIUS.

ETiam Græcè fidejussor accipi potest, postquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quàm Latina stipulationem rectè fieri, §. 1. *sup. de verb. obl.* *l.* 1. §. *ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8. *pr. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur: *Græcè fidejussor ita accipitur*, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive*, βούλομαι, *sed & si* φημὶ *dixerit, pro eo erit, ac si dixerit*, Λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio, τὸ φημὶ, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. *In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

NOTÆ.

8. *Videri solemniter acta*] *l.* 30. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem rite interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit. fac.* §. 11. & 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

CUm fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, *l. sciendum.* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, verum esse, quod in eo scriptum est, §. *item verborum.* 11. *sup. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit, solemnitates istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promisisse aliquem, creditur is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. *si scriptum.* 16. *tit. præc.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum, adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, *l.* 5. §. *satis.* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Rosc. Comæd. cap.* 1. & 2. Salmas. *de usur. c.* 6. & *ad ius Attic. c.* 19.

Non sunt in usu] Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

Post multum temporis.] Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

Dum quæri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l.* 8. & 2. *seqq. l.* 14. *de non num. pec.*

Per constitutionem nostram] *d. l.* 14. *C. de non num. pec.*

Ut ultra biennii metas] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi, *l.* 7. *C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg.* querela

seu

ſeu denunciatio aut proteſtatio de non facta numeratione, *l. 8. l. 9. de non num. pec.* quam in ſcriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor conſequatur, *d. l. 14. §. ult. & auth. ſeq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adverſus creditorem intra biennium agentem, *l. 3. l. 5. d. l. 8. d. l. 14. C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *l. 3. l. 10. C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confeſſus, qui beneficio juris uſus non eſt, neceſſitate ſolvendi adſtringitur, *d. l. 8. d. l. 14.*

Commentarius.

1 *Cautiones & confeſſiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant?*
3 *Cautionem pecuniæ creditæ poſt biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione?*
5 *Rectè ne obligatio hic propoſita dicatur litterarum, cùm veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obſoleviſſe: qualis illa? & alia quædam.*
7 *Confeſſum poſt biennium ſcriptura obligari, ut etiamſi poſtea probare velit, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti diſſentiant?*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.*
12 *Uſus circa hanc exceptionem hodiernus.*

1 Interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ ſpecies obligationis tertio loco poſita eſt in diviſione earum, quæ naſcuntur ex contractu, *§. ult. ſup. de obl.* Litterarum obligatio eſt, cùm quis ſcripto alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, quam non accepit nec intra biennium confeſſionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis ſcripto confeſſus ſit: remotis litteris huic obligationi non eſt locus: quippe quæ alioqui non rectè diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confeſſus ſit, an alio inſtrumento profeſſionem debiti continente, etiamſi id à tabulario confectum ſit. Gloſſ. *in l. 3. C. de non num pecun.* Sichard. *ibid. num.* 8. Don. *num.* 12. cautio paſſim à noſtris & præſertim in hoc argumento dicitur, *l. 1. & 3. ſeqq. l. 8. c. d. tit. l. emptor. 47. §. ult. de pact.* Exigimus, ut ſcriptum mutuo conſenſu traditum ſit creditori: nam ſine conventione nulla ex contractu obligatio, *l. 1. §. 3. de pact.* Exigimus profeſſionem debiti, non cujuſvis, ſed mutui accepti: quod ut facilius intelligi poſſit, ſciendum eſt, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim eſſe, ut confitentem obliget: ſunt enim quædam cautiones & confeſſiones debiti planè inutiles, quales ſunt, quæ cauſam debendi non continent, quas indiſcretas vocant, cùm ſcilicet quis confeſſus eſt, ſe debere, nulla nominatim expreſſa cauſa, propter quam debeatur, *l. cum de indebito. 25. in fin. de prob. l. generaliter. 13. C. de non num. pec. C. ſi cautio. 4. x. de fid. inſtr.* vid. D. Andr. Gail. *2. obſ. 13.* Damhoud. *prax. civil. cap. 175. n. 14.* ubi notat, in emptoriis inter mercatores ex conſuetudine etiam ex obligatione non cauſata jus reddi ſolere, add. Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 25. §. ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi cauſam continent, utiles quidem ſunt, ſed non omnium una eſt vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantùm & fidem rei geſtæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis, numquam probationis ſolius. 2 Ad ſolam probationem valent confeſſiones debiti omnes, quæ non ſunt de pecunia mutua. Placet haſce ſcripturas valere ad probationem; & merito placet, cùm nihil æquius ſit, quàm unumquemque proprio teſtimonio acquieſcere, confeſſiumque ſtare ſuæ confeſſioni, *d. l. cum de indebito. 25. in fin. de probat. d. l. generaliter. 13. C. de non num. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. in jur. fac.* Sed enim probationem tantùm habent, obligationem numquam inducunt: argumento eſt, quod confeſſus ex chirographo ſuo conventus contra confeſſionem ſuam venire poteſt; placetque audiendum eſſe, ſi (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus ſit oſtendere, ſe falſo confeſſum, inque eam rem proferat idonea inſtrumenta: nam teſtes in hac probationis ſpecie viſum eſt admitti non debere, propter metum falſi, *d. l. cum de indebito. 25. & d. l. generaliter. 13.* Sola cautio & confeſſio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra verò 3 ad probationem ſolam numquam valet, ut ex iis, quæ ſequuntur, perſpicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum conſiſtit, *l. in contractibus. 14. princ. C. de non num. pec.* Poſtremo exigimus, ut cautio emiſſa ſilentio biennii confirmata ſit; non enim continuo, ut quis ſcripto confeſſus eſt ſe pecuniam mutuam accepiſſe, aut ſibi numeratam eſſe, litteris obligatur: ſed cautio intra biennium, ex quo emiſſa eſt, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *l. 3. l. 10. C. d. tit.* At ſi intra id tempus confeſſionem non retractaverit, jam in eam ſummam, quam confeſſus eſt, planè obligatur, *hoc text.* & paſſim, *d. tit. C. de non num. pec.* 4 Remedia ad retractandam intra biennium confeſſionem tria confitenti ſunt prodita. 1. condictio ſine cauſa, aut ob cauſam dati, cauſa non ſecuta ad repetitionem chirographi, *l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg.* 2. querela ſeu denunciatio & proteſtatio de numeratione non facta: quæ denunciatio ſcripto facienda, ut

exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l.8.& seq.l. in contractibus. 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l.3.l.5.d.l.8.C.eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d.l.3.* Ratio differentiæ significatur in *l. 10. C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. actor.23.C.de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem, & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad constit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2.num. 18.* Christin. *vol. 3. decis. 37. num. 5.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l.3.C.de non num. pecun.* vel in factum detracta doli mentione, *l. 9. C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet Gomez.2.*resol.6.n. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. decis. n. 13.* Exacto verò biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l. 8. l.14.C.d.tit.* Hæc
5 ergo obligatio rectè dicitur litterarum, seu ex litteris nasci, siquidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantùm probet, sed etiam obliget confitentem. Planè veteres nullam litterarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur.52.de oblig.& act.l.8.§.1.de fidejuss.l. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas, quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tamquam ex mutuo, *l. 5. C. de non num. pecun. & hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3.l.11. §. 1. de reb. cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, rectè dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur. Donell. *ad d.l.8.num.34.C.de non num. pec.* Gudelin. *lib.2. de jure noviss. cap. 6.* Caveat autem quisque, ne temere inficietur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auth. contra qui. C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque ferè ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ult. pro suo l. 1. l. 3. C. de annal. except.*

Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap* 14. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. *lib.4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus, *in Verrin.3.* scribit, nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cùm in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quàm in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cùm pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantùm in tabulas creditoris, verùm etiam in aliorum quorumdam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego verò non puto hujusmodi scripturam valuisse absolutè ad obligationem, sed vim dumtaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantùm huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verùm etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus à D. Salmasio in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianeis. Vinn. 6

Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Caji *Inst. lib. 2.t.9.§. 12.* ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut à re in personam, aut à persona in personam*. Inde enim adparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & rectè eam definiri à Theophilo *h. t.* τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς. *Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solemnes litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia caussa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? simulque eadem inscribebat tabulis. Respondebat alter: EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facta prior obligatio exstinguebatur, & nova nascebatur, quæ ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio à re in personam.

sonam. Unde facile intelligitur, quo pacto à persona in personam facta sit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Jurispr. antejust. p.* 163. & nos in *Antiq. Rom. h. t.* §. 3. & 4 Hein.

Hodie non sunt in usu] Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe, translato Constantinopolim imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφὰς sed συμβόλαια appellavit: Latini *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 10.

7 *Dum queri non potest, scriptura obligetur*] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quàm si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l.* 8. *C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in *l.* 3. & *l.* 14. *C. d. tit.* Gomez. 2. *resol.* 6. *n.* 7. Moz. *de contr. tit. de mutuo. n* 9. Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. *in enchir. hic.* D. Bronchorstio. 2. *assert.*

8 22. Ant. Perez. *in d. tit. C. n.* 14. Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l.* 5. §. *ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l.* 3. *C. d. tit.* quæ cùm sine dubio perpetua sit, *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l.* 6. *de off. præf.* Illicita verò & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *C. eod.* ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro of-

9 ferentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantùm ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quàm pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cùm verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habet, *l.* 66. *l.* 112. *de reg. jur.* Loci juris in eamdem sententiam manifesti sunt. In *l. asseveratio.* 10. *C. de num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. In *l.* 8. *C. eod.* scriptum est, cum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *l.* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cùm reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt. Harmenop. *lib.* 2. *tit.* περὶ ἀναργυρ. *num.* 4. ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀριθμήσεις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας οὐ ἐναχθῇ, ὁ διαμαρτυρήσεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει ἀναργυρίας. Hoc amplius in *d. l.* 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cùm tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifestæ.* 38. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua auctor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quàm prolixæ & adversus invitum suscepta probationes, *arg. l.* 1. & *l.* 2. *d. tit.* His accedit & textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantùm modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu facta protestatione, *d. l.* 14. §. *ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quàm ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones 10 dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actio-

actionis proponi possunt. Exceptio verò doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, à quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l. 2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc.* Planè si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantùm causa numerationem intervenisse, cùm aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. Don. *ad l. 8. C. de non num. pec.* Ant. Fab. *Cod. suo, eod. tit. defin.* 2. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solùm immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. C. d. tit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in *d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Jo. Fab. *hic.* aliique nonnulli citati à Fachin. *2. controv.* 18. eaque nunc neotericis fere probatur. Duar. *ad d. tit. C. cap.* 4. Don. *ad l. 8. num.* 21. *& seqq.* Fachin. *d. loc.* Vvesemb. *hic.* Gudelin. *lib. 2. de jur. noviss. cap.* 6. Tulden. *in comment. hic. cap.* 3.

Cessante verborum obligatione] Si cautio intervenerit, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l. 9. C. de non num. pecun. §. 2. inf. de excep.*

11 *Ne ultra biennii metas*] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l. 14. C. de non num. pec.* junct. *l. 2. C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est. l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum *l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantùm intra triginta dies, *d. l. 14. §. 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, *d. l. 14 §. 1.*

Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium verò audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartoli & aliorum, quos superiùs allegavimus. Ant. Fab. *Cod. suo de non num. pec. defin.* 1. Christin. *vol. 3. decis.* 37. Zang. *de exc. p. 3. c. 12. n. 24.* Grot. 3. *manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. Autumn. & Mornac. *in d. l. 14. C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groenevv. *de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Ant. Fab. *d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; testibus Imbert. 1. *inst. forens.* 35. Rebuff. *ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. num.* 28. *&* 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. noviss. cap. 6. in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sic sine privilegio: ita post Glossam in *l. 3. C. de non num. pec.* D. Joan. à Sande *lib. 3. rer. judic. tit. 2. defin.* 1. D. Decker. *lib. 1. dissert.* 6. *n.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in caus. merc. proced. num.* 9. Farin. *contr. jur. lib. 2. cap.* 86. quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *d. vol. 3. decis. 37. num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. *d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἀνάγνωμα μνημονικόν *d. lib.*

d. lib. 3. cap. 5. Merul. *l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 3.* Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitoris initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptisare & namptissemens* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat Rebuff. *ad proœm. constit. reg. gloss. 5. num. 6.* & post eum Christin. *d. decis. 37. num. 12.* & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali, Merul. *d. loc.* Vide circa hanc materiam Imbert. *lib. 1. instit. forens. cap. 35. & seq.* Rebuff. *ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. num. 44. & seqq.* & DD. in *auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

Sequitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l. 1. §. 3. de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant, obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum: quæ singula singulis titulis explicabuntur. Vinn. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est à Zenone Imp. *l. 1. C. de jur. emph.*

Textus.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cùm alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

Commentarius.

1 *Quibus modis consensus declaretur?*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quàm obligationis verborum.*

Neque scriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quàm eæ, quæ consensu. Quod verò in his etiam scriptura sæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *l. 4. de fid. inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajo *l. 2. de obl. & act.*

Neque præsentia] Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut litteris contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac ne dari quicquam necesse est] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed sufficit, &c. consentire] Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* item nutus: 1
nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, *l. nutu. 21. de legat. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen apertè consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *l. 12. de evict.* Similia exempla habemus in *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandat.*

Vide

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Est verò hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, velut mutui, commodati, missa per eum pecunia aut re. Similis collectio est in *l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono &
2 *æquo*] His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quàm ea est, quæ nascitur ex stipulatu; nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cùm ex stipulatione obligatio catenus tantùm nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l. quicquid. 99. de verb. oblig.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantùm valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. l. Lucius. 24. depos. §. in bonæ. 30. infr. de action.* quamquam hoc loco & apud Cajum *dict. lib. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum. 28. de action.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

1 EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi scripsit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Arist. *5. Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & οἷον ἐγγυητὴν; quasi sponsorem futuræ indigentiæ. Emptio & venditio est contractus, quo id agi-
2 tur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, *l. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *l. veteres. 19. & seq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos una, pura vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero necesse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Connan. *7. comm. 6.* Donell. *ad rubr. C. hoc tit. n. 4.* Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera verò insunt generi, nullus enim contractus est, ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit δίπλευρος, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx: pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d. l. 1. §. 1. sub fin. hoc tit.* igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut 3
venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definien-

nienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cùm convenit, ut per scripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confusè. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

T E X T U S.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis, & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est; is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

N O T Æ.

Simul atque de pretio convenerit] *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c.] Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: sin publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quàm si à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l. 17.*

Qui recusat adimplere contractum] Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l. 17. d. vers.* Cùm enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *l. 5. C. de oblig. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?*
2 *Re certa vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genere vendito, non item.*
3 *Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcisè teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcisè teneri tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra? & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur?*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

UT primum de re & pretio convenit, em- 1
ptio perfecta intelligitur, quamvis nec res
tradita, nec pretium numeratum, nec arrha
data sit, *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm.*
l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text. Ita-
que in contractibus, qui consensu perficiuntur,
distinguenda perfectio contractus à consumma-
tione sive implemento. Emptionem & vendi-
tionem perficit solus consensus de re & pre-
tio: consummat rei traditio & pretii numera-
tio; qui extremus est contrahentium finis. Si-
mul atque autem emptio perfecta est, nasci-
tur utrinque obligatio, teneturque emptor actio-
ne ex vendito, ut nummos, quos pretii no-
mine pro re vendita promisit, solvat; vendi-
tor actione ex empto, ut rem venditam tra-
dat emptori, *tit. ff. & C. de act. empt.* Est verò 2
præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil
diversa. Emptor enim nummos, quos pretii
nomine præstat, venditoris facere cogitur: ven-
ditor verò tantùm vacuam rei possessionem tra-
dere: quæ res, si venditor dominus fuit, fa-
cit & emptorem dominum: si non fuit, evi-
ctionis tantùm nomine venditorem obligat:

neque

neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. empt. l. si ita. 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam variè, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcisè obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantumdem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione, & evictione, re evicta præstita. At verò pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quod pretium non in specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari: nisi rem ex eo genere perfectè faciant accipientis, *l. si à substituto. 45. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam. 29. §. pen. de legat. 3. l. hæres. 58. de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum cum Bartolo in *l. 2. si cert. pet. num. 7.* Illud non
3 satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcisè tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, (teste Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.*) censuerunt, venditorem etiam tum, cùm facultatem tradendi habet, non posse præcisè compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt Alciat. *ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Duar. *de in lit. jur. n. 22.* Don. *ad d. l. 4. C. de act. empt.* Fachin. *2. contr. 30.* Gœdd. *de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. *2. var. resol. cap. 19. n. 1.* Bachov. *in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2.* Gudelin. *3. de jur. nov. c. 7.* Christin. *vol. 3. decis. 54. num. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Mechliniensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. Firmamenta hu-
4 jus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id, quod interest, *l. si quis. 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes. 72. pr. ver. Celsus. de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. si rem. 28. d. l. stipulationes. 72. eod tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agi, venditorem non tradentem, quanti intersit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait. 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. solv.* 3. Hoc amplius disertè scriptum est in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cùm procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscurè electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditionem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *l. contractus.*
5 *17. C. de fid. instr.* Cæterum contraria opinio tantùm non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. stipulationes. 72 de verb. obl.* item Bart. & Castr. ad *d. l. 1. de act. empt.* Bald. in *d. l. contractus. 17. C. de fid. instr. num. 14.* Salic. in *d. l. 4. C. de act. empt.* Alex. Dec. Jas. ad *l. 9. si cert. pet.* ex modernis Gomez. *2. resol. 10. n. 22.* Oldend. *class. 4. act. 1.* Moz. *col. 4. de natur. empt. n. 26. & seqq.* Ant. Fab. *6. conject. 17.* qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error. 4.* sed in *Cod. suo tit. de pact. defin. 11.* refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuens. *decis. 214.* Soar. *in thesib. recept. sent. lit. V. venditor, si facultatem.* Pinell. *in l. 1. C. de bon. matern. part.*
3. num. 25. Fundamenta hujus sententiæ potis- 6
sima sunt 1. rei æquitas, cui minimè convenire videtur, ut emptor præcisè teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cùm potest, recusantis emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. præt.* adstringatur. 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cùm, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum. 68. §. 1. hoc tit.* Hinc enim à contrario rectè colligitur, cùm eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l. 6. C. de resc. vend.* Unde sic rectè infertur: Si emptor duplo pretii sibi oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare, obligatum esse, ut præstet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. in fin. de act. empt. l. Labeo. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides. 50. & l. si quis. 46. de act. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere: in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum, aliud, id, quod interest, præstare, *l. contractus. 17. C. de fid. instr.* 6. Apertissimè loco Pauli, *1. sent. 13.* ubi sic scribit: *Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.*
7 Idem confirmat textus in *§. 1. hoc tit.* ubi Justinianus expressè ait, *emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse.*

Item

Item alter in §. 2. *sup. de donat.* ubi eamdem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non posset venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hær. vend. l. 10. C. de*
7 *act. empt.* Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responsiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii rectè docent, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res. 98. §. mihi. 6. de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat cogi non possit sine vi & impressione; & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcisè ad faciendum, quod promisit, obligari, immo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solùm, quod interest: neque id statim, sed tum demum, cùm transierit tempus, intra quod fieri potuit quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, *l. 14. l. stipulationes. 72. l. si insulam. 84. l. servum. 94. §. 3. de verb. obl.* At cùm res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quàm ut in eum, cui res tradi debet, possessio transferatur; quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri, per *l. qui restituere. 63. de rei vind.* Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ subjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præstatio versatur incertæ sunt, *l. ubi autem. 75. §. qui id. 7. de verb. obl.* utpote in quibus id dumtaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertum esse,) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, *l. 52. §. 1. d. tit.* id est, certæ rei præstationem cum translatione dominii aut juris usucapiendi, *l. 80. §. 3. hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi purè venditam esse: hic dubium non est, quin eam ipsam rem, quam emi, petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eamdem rem venditorem victum condemnare debere, non in æstimationem, ut sententia sit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem, licet post moram, sed in id solùm, quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam. 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus verè, quam eleganter mihi scribere videtur Fayius *in supplem. ad Connan. l. 7. cap. ult.* si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quàm facto habendum esse, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1.* junct. *l. ubi. 75. §. ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in *l. 72. pr. l. 75. §. 7. de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nudè considerata incerta sint, non rectè intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & restituere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg. l. contractus. 17. C. de fid. instr.* Nam obligatio venditori non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profectò si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eamdem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l. qui duobus. 21. ad leg. Corn. de fals.* aut certè stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse? *l. 3. §. 1. stellionat.* Planè si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quo pertinet species, *l. 4. C. de act. empt.* & in hanc quoque sententiam tamdem concessit Bachov. *not. in paratit.* Wesemb. *tit. de act. empt.* VINN. Quæ hic prolixè admodum disputat Vinnius, maximam

par-

partem vera, sed supervacua sunt. Contraria enim sententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit, liberari, præstando id, quod interest, quum tamen *l.72. de V.O. l.13. §. ult. de re jud. l.71. §.2. ff. de cond. & dem. l.2. ff. de lib. hom. exhib.* non dicant, promittentis in arbitrio esse, factumne an id, quod interest, præstare malit, sed stipulantem optionem habere, factum exigere, an id quod interest, petere malit. Vid. Cujac. *ad l.72. ff. de V.O.* Coras. *Miscell. l. 11. cap.3.* Huber. *Prælect. ad Inst. h. t. §. 5.* & quem honoris caussa nomino, celeberrimus Thomasius *Diss. sing. an, qui factum promisit, liberetur præstando id quod interest.* HEIN.

Argumentum est emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, *l. quod sæpe. 35. pr. hoc*
8 *tit.* Datur autem arrha, vel simpliciter, ut sit argumentum dumtaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l. 11. §. is qui vina. 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cùm arrha tantùm ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* cùm in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id, quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* junct. *l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cùm ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutrubi rem desinere esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib.*
9 *mod. toll. obl.* Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum eum aliquid præstitutum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l. 58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d. l. 1. & l 2. C. quand. lic. ab empt. disc. & d. §. ult. infr. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore versari: primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius æstimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur] Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quàm est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cùm absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu, aut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptione solùm, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos, &c. *l. contractus. 17. C. de fid. instr.*
Quando autem id inter contrahentes actum in- 10
telligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam,) verùm tunc demum, cùm id actum est, ut non aliter contractus valeat, quàm si in scripturam redigatur. Id verò actum intelligitur, ut rectè Placentinus & Azo, non tantùm cùm nominatim & expresè convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset; verùm etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hìc non obscurè id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contractus. 17.* Consentit Gloss. *hic.* Castr. *in d. l. contractus. 17.* Sichard. *ibid. n. 3.* Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accresceretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. *C. suo, de testibus, defin. 23. & de fid. instr. defin. 14.* quamquam dissentie Salic. *in d. l. contractus. 17.* & nonnulli alii quos allegat. Et, ut, causæ serviat, probare videtur D. Dekher. *lib. 2. disser. 13. n. 3.* At verò si, quod sæpè fit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius, quàm in scriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec rectè quis dixerit, testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. *sup. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit, ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scri-

scriptura initus perfectusque ad futuram dumtaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quàm ad validitatem actus, scripturam intervenisse, cùm actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de probat.* & ibi Bald. ut jure communi magis, quàm speciali contrahentes usi videantur, *l. Imperator. 30. de reb. auctor. jud. possess. l. 14. de priv. cred.* Ant. Fab. *dd. loc.* DD. *comm. in d. l. contractus. 17. C. de fid. instr.* Christin. *vol. 3. decis. 29. n. 15. & seq.* Andr. Fachin. *2. contr. 97.*

11 *Nisi & instrumenta emptionis*] Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quàm in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: modo ne quod scriptum est pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur; cùm utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si verò instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quàm si à notario exceptum perfectumque, & partibus praelectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus. 17.* De requisitis instrumenti publici, & quae de more inseri soleant, vid. Covar. *pract. q. 20.* Vvesemb. *parat. de fid. instr.* Althus. *lib. 3. c. 42. num. 13. & seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, poenitentiae locus est] Cùm contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de causa interim etiam poenitentiae locus est, licetque alterutri à negotio, quod institutum est, sine poena discedere. Caeterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cùm factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus. 17. C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

12 *Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit*] Id est, celebrari coepta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, poenitentiae locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso apertè significat, cùm contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, poenitentiae locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contractus. 17.* Id elucet clarius verb. *super facienda emptione.* Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est.* Quae omnia manifestè ostendunt, nec arrhis datis poenitentiae locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhae dicuntur esse argumentum emptionis contractae: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respond. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: caeterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quae sunt verba *d. l. contractus. 17.* Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantùm cùm in scriptis res geritur, verùm etiam sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit, accessionum quoque & finium definitio saepe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhae nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare coepit; ne quis alius facile praevertat; nec venditori liceat impune recedere. Con- 13
cedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu non posse: caeterum si arrhae intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum poenitentiae dari, cùm contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minimè ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutae renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maximè valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l. 3. C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhae non dantur infirmandae emptionis causa, sed confirmandae: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractae, *hoc text. & l. quod saepe. 35. eod.* Jam verò absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariae sententiae affertur, datione arrharum hoc tacitè agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere eum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem

aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet.* 15. §. 3. *de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cùm fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l. 4. §. si ex conventione. 4. de re jud. l. prædia. 28. de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscurè probant Joan. Fab. *hic.* Cyn. & Bart. *in d. l. contractus.* 17. certius confirmant Oldendorp. *class. 4. act.* 2. Vvesemb. *par. n.* 9. Don. *ad d. l. contractus.* 17. *num.* 12. *& seqq.* Diod. Tulden. *ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. num.* 2. Christin. *vol.* 3. *decis.* 70. *num.* 2. & consuetudine receptam testatur Busius ad *l.* 35. *in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus.* 17. *num.* 12.

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hìc positum pro *perficere*; ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l. contractus.* 17. *circa medium.* Cæterum cùm propriè & distinctè loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaret-ne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.*

NOTÆ.

1. *Nulla emptio sine pretio*] *l. 5. §. 1. h. t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l* 8. *eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cùm dicis causa & ἀφοσιώσεως res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit, *l. 46. locat. l. 3. l. 9. C. h. t.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*
2 *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur?*
3 *Emptionem non contrahi, cùm definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est: secus si arbitrio certæ personæ.*
4 *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi constituent?*
5 *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6 *Explicatur* l. in lege 24. in pr. locat. *& alia quædam observatu digna notantur.*

QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla 1
emptio intelligitur, *l. 8. h. t.* ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait, *emptionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione. 36. l. si quis. 38. eod.* aut cùm dicis causa prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, *l. si quis. 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda. 55. d. l. si quis, 38. hoc tit. l. imaginaria. 16. de reg. jur.* Planè si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, *d. l.* 38. In pretio duo desiderantur, unum, ut id certum sit; alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

Certum esse pretium debet] Quamdiu pretium 2
incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio.

Ita-

Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimverò si traditio secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatum: quam sententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Bus. *in l.* 1. *de rer. permut.* contra Pinell. *part.* 2. *rub. de restind. vend.* Gomez. 2. *res.* 2. *num.* 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cùm ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam: veluti si ita dicat venditor: *quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo*. Nam licet hîc pretium in præsentia occultum sit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Justinianus: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. *pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio*, aut *eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est: quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Pinell. *d. p.* 2. *num.* 19. *& seq.* Gomez. *d. loc. num.* 9. Surd. *decis.* Mant. 82. *n.* 14. Fach. 2. *controv.* 1. Assentior autem Surdo *d. decis. in fin.* & D. Tuldeno *comm. hìc. cap.* 4. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publicè pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quàm illud ipsum, quod publicè determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hinc infert Gomez. *dict. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

3 *Inter veteres dubitabatur.*] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æstimatione communi, non ex affectu singulorum, funguntur, *l. pretia.* 63. *ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an verò nominatim arbitrium certæ personæ. H[illegible] Justinianus *hoc* §. *&* *l. ult. C. eod.* ita [illegible] definitio pretii collata sit in arbitri[illegible] hoc modo: *Fundus ille* [illegible] *Titius æstimaverit*, hac conditione [illegible]

[illegible]

si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, *l. quod sæpe.* 35. §. 1. *hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l.* 7. *in pr. eod. l.* 13. *C. eod. l.* 2. §. 3. *quod cert. loc.* Pinell. *dict. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Gomez. *d. resol. cap.* 2. *num.* 19.

Quanti ille æstimaverit] Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinitè collata, *l. si merces.* 25. *princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, *arg. d. l. ult. C. hoc tit.* Pinell. *d. l. n.* 5. Quid verò si emptio 4
facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter à venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hìc quidem certa persona designatur: adeoque eadem hìc incertitudo est, quam habet designatio justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret aut justi pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem. Non obstat *l.* 16. §. *ult. de pign.* nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num.* 6. contra Fachinæum 2. *contr.* 1. & sententiam communem disputat D. Tuldenus *comm. hìc. cap.* 5. Communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimum inter mercatores viget. D. Paul. Bus. *in l.* 1. *n.* 8. *de rer. perm.*

Omnimodo secundum ejus æstimationem] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quàm valet, dicendum est, valere contractum. Sanè si arbitrium Titii tam pravum 5
est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifestè iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur, instituta actione pro socio, *l. si proposit.* 78. *& seq. pro soc.* ita quoque [illegible] declarando sumptus in con[illegible] aperté [illegible], & nimis ma-

[illegible] gnum

gnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic & in d. l. ult. C. eodem*. Quæ sententia cùm sit æquitati planè consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hìc ait Justinianus, omnimodo secundùm æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, *l. 2. C. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cùm re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi pretii alteruter læsus sit, hìc locus est remedio rescissorio, *d. l. 2. C. de resc. vend.* add. Bachov. *comm. hic.* & D. Tuld. *cap. 9.*

Pro nihilo esse venditionem] Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita. 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis. 43. de verb. obl.* Neque hìc obstat, quod scriptum est, *l. in*
6 *lege. 24. pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantùm comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, *l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus] *d. l. ult. C. hoc tit.* Verba pæne integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in *l. merces. 25. princ. loc.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat. Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, velut, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι.
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est.

Avecta è Lemno tunc vina fuere catinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri, & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*] Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cùm permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο] Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne Accursiana quidem,

dem, ubi versus incipiunt à verbis: ἔνθεν δ' οἰνίζοντο κ. τ. λ. additurque, *græca hæc esse, quæ non leguntur*. Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, nec Paullus *l.* 1. §. 1. *ff. de contr. empt.* HEIN.

Anteriores D. Principes] Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa dispositionis Pauli in* l. 1. hoc tit.
2 *Pretium in alia re, quàm pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quàm validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem planè diversa esse?*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

1 ANtiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cùm duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tamdem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l.* 1. *hoc tit. & hujus loci*.

2 *In numerata pecunia*] Alterum, quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit. *hoc text. l.* 1. §. 1. *eod. l.* 1. *de rerum permut. l.* 9. *C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enim vero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato, *l.* 9. *C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum, spectamus, *l.* 1. §. *idem Pomponius.* 13. *depos.*

3 *Sabinus & Cassius etiam in alia re*] Sabinus & Cassius putabant, non tantùm in pecunia numerata, verùm etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento: Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib.* 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζεσθαι, quod est οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari*. Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa fin.*

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emerat possessionibus suis*. Nerva verò & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre: quibus etiam cæteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum οἰνίζομαι esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potius quàm ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l.* 1. § 1. *hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίαμαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quàm ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpretere, *emit possessionibus*, aut *facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio ἐπὶ: quoniam mox subjicit Poeta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poetæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eamdem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus est, cùm dicit, Græcos *vinum* emptitasse *coriis boum*, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. c.* 23. *& c.* 42. *cum aliquot seqq.* 4
constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 7. *c.* 56. scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur. Strabo *lib.* 8.

Diversæ scholæ auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quàm in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic verò illi argumentabantur. In

Vinnius in Institut.   Aaa 3   con-

5 contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, *l. 1. §. 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tamdem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l. 1. de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l. 1. pr.* junct. §. 3. 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejusd. l.* congruit *l. 3. C. eod.* Sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus] Puto, eos versus significari, quos Paul. *l. 1. §. 1. h. t.* citat ex *lib. 16. Iliad.* ubi Poeta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus] Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat; & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique &
6 Nervæ sententia speciosè disputantur. Cæterum si, quod res est, fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum rude pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium, quo vinum sibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Didymus in Homer. οἰνίζοντο ἤγουν, ὠνοῦντο. Laertes emptor Eurycleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta, nominibus agnoscunt emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν, ὦνον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀντιδόσει detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cùm ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis propriè ἀμοιβὴ, Gallis *troq*, Batavis *ruyling*, appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fusius in hanc sententiam disserit doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 13.* & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini. VINN. Speciosa hæc magis quàm solida. In permutatione adfectio magnis regnabat: in emptione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi, qua omnium rerum quantitas moralis æstimaretur. Permutabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel ἀμοιβὴν rectè Proculus emptionem venditionem dici posse negabat, quum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur, e. g. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat: hic porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sanè permutatione harum mercium dici potest, emptionem venditionem mutuam factam, &

utrum-

utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cùm autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cùm sine scriptura res agitur,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.*

NOTÆ.

3. *Cùm sine scriptura*] Et purè: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit: & ideo interim periculum venditorem respicit; *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. h. t.*

Periculum rei venditæ] Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.*

Emptori tradita non sit] Dummodo culpa aut mora venditionis non intercesserit, *l. 23. l. 91. § 3. de verb. obl.*

Sine dolo & culpa] Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat, *l. 5. §. 2. commod.*

Damni injuriæ] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum?*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid si res vendita, quæ pondere, numero, mensura constet?*
5 *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum?*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit?*
7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur* l. 33. locat.
9 *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 1529.*
10 *Venditorem levis dumtaxat culpa, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11 *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hìc memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed à venditore ei præstandæ?*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo &
commodo rei venditæ & nondum traditæ,
ad utrum interim utrumque pertineat, ad ven-
ditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis,
& quæ separatim propriis *tit. inf.* & *C.* expli-
cari meruit. Summa juris de hac specie con- 1
stituti hæc est: Placet, simul atque emptio per-
fecta est, licet res nondum tradita sit, omne
commodum, & vicissim omne periculum atque
incommodum rei, quod sine facto venditoris
contingit, emptorem sequi. Sententia innume-
ris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. & comm. rei
vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod sæ-
pe. 35. §. si res. 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resc. vend.
cum similibus, & hoc text.* Quamobrem neces-
sario sciendum est, quando emptio perfecta cen-
seatur: tunc enim sciemus, cujus periculum
aut commodum sit. Et quidem si pura est em-
ptio, & sine scriptura negotium geritur, sta- 2
tim ea perfecta intelligitur, ut de pretio con-
venit: si in scriptis rem geri placuit, instru-
mento contractus rite confecto; tunc enim ob-
ligatio constituta est, à qua sine communi con-
sensu recedere non licet; sed hoc solùm restat,
ut partes fidem contractus impleant, emptor
pretium persolvat, venditor rem tradat, ad

quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *princip. hujus tit.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cùm impleta fuerit conditio, *l. 7. l. si quis. 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, eàm conditio extiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei*
3 *vend.* facit. *l. 10. eod. l. 5. C. eod.* Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. cum 2. ll. seqq. de peric. & commod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro soc. l. 14. §. qualis. 16. de furt. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire; periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. quod si. 4. furt. adv. naut. caup. l. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §.*
4 *sæpe. 35. depos.* In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utique ratione periculi) quàm si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est verò in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quàm res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *l. quod sæpe. 35. §. in his. 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. &*
5 *commod. d. l. 2. C. eod.* Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissimè videri venisse vinum, cùm fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *d. l. 1. de peric. & commod.* Id enim tunc rectè dicitur, cùm singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantùm proficere, ut improbare liceat; mensuram verò non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si in emptione. 34. §. alia causa. 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cùm nondum perfecta emptio est, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quàm substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè si emptor vina degustaverit, & malè probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, *l. si vina. 15. de peric. & commod.* vid. Gloss. & DD. *in d. l. quod sæpe. 35. §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. ff. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. *2. variar. resolut. cap. 2. num. 32.* Afflict. *decis. 280. num. 4. & decis. 399.* Ant. Capuc. *dec. Neap. 14.* eleganter Anton. Fab. *C. suo de per. & commod. rei vend. defin. 1.* Christin. *vol. 3. decis. 74.* Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l. 1. l. 10. de per. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus. 23. de reg. jur.* Præterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit, non sequimur, si res perierit, aut deterior facta sit culpa venditoris: sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, *l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *l. 12. junct. l. 14. in princ. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *l. 4. l. ult. C. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. illud. 17. d. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. l. si servum. 91. §. 3. de verbor. obligat.*

Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet] Hoc constanter à veteribus traditum est, cum

cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *l.10.§.1.l.11.de per.& commod. l. 2.§. 1. l. 4. §. idem. 4. de in diem addict. l.si ea res. 31. de act.empt. l. ultim. de cond. ca. dat.l. 15. de jur. dot. l. 11.§. plane. 9. & seq. quod vi aut clam. l. solutum.39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l.6.C.de pign. act.* immo in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *l. 5. §. 2.commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, *l.si ex legati. 23.de verb. obl. l. 5.de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum
8 ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic sententiæ *l. 9. C. de pign. act.* ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris? respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo, male ex *d. l. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc rectè, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re piguori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus rectè dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. cred. l. 23.de verb.obl.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *dd.loc.* Unus locus Africani in *l.si fundus.33. locat.* turbavit summos viros, Cujac.*tract.8.ad African.* Borcholt. Vultejum *hic*, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego verò nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res propriè non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cùm evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *l.14.pr.de furt.& in calce hujus §.* Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *d.l.si fundus.33.* culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l.quod sæpe.35.§.4. hoc tit.* utique uti pretium restituat, *d.l.si fundus.33.* Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quàm emptori, *l.si per. 51.de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris interfit, ut fit, cùm res judicio evicta est, *l. si in venditione.60.l.evicta.70.de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cùm eo casu à fisco iterum tantumdem accipiat. Vinn. Sed nihil horum in textu *l. 33. ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici caussa. Rectius crediderim fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog. 1.* nec non in *l. 11. ff. de evict. & l. 15. de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit V.C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand. lib. 18. tit. 6. p.416 sequ. Tom. 11. Op.* Hein. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & 9
necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci rite factam periculum æquè ad emptorem spectet, dubitatur propter constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita, aut si sint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grot. *2.introduct. cap. 6.* paucis casibus exceptis, vid. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit.23.lib.3.Instit.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in ... à jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis.Cur.Holland.32.* Groenevv. *dict. tract. ad hunc §.* memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quæritur, per dict. constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.] Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum

eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l.* 10. *de reg. jur.* proinde cùm omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l.* 7. *de per. & comm rei vend. l.* 1. *C. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & dict. l.*7.item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l.* 8. *de evict.* fructus etiam jam maturi, *l.* 13. §. *si fructibus.* 10. *l.qui pendentem.*25.*de act.empt.l fructus.*13.*C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, *d. l.* 13. §. *item.* 13. *de act.empt.* add. Don. *ad l.* 1. *C. de per. & comm rei vend.* Gomez. 2.*res.* 2. *num.* 11. Covar. 1. *resol.* 15. & Christin. *volum.* 3. *decis.* 74.

Quod si fugerit homo, &c.] Non tantùm si res vendita perierit aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verùm etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit: veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res qualibet surrepta amissave fuerit. Est verò eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *l.quod sæpe.*35.§. *si res.* 4.*h.t.l. si ea res.* 31. *de act. empt. & hoc text.*

10 *An custodiam ejus usque ad traditionem*] In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa,*l.*5.§.2.*commod.*ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est,talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d.l. quod sæpe* 35.§.4.*h.t.*Non obstat *l.* 2.*in fin.aut l.* 3. *de peric & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant,venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l.*1.§.1.*d.tit.d.l.quod sæpe.*35.§.5.Fusius hoc jam ante explicui. At enim verò speciali conventione arctius venditor obligari potest, puta,ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat, *l. contractus.* 23.*de reg. jur.*Quod tunc etiam agi intelligitur, cùm venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cùm convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cùm, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus ἐν ἀκριβῶ ἀκριβείᾳ, custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat. *fac. l. qui mercedem.* 40. *locat.*

11 *Si non susceperit, securus est*] Suscepta rei venditæ custodia nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d.l.quod. sæpe.* 35.§.4.*h.t.l. si ea res.*31. *de act. empt.* Intellige hactenus, ut cùm eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat, aut præstet interesse: nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod sæpe.*35.§.4.*hoc tit.l si ea res.*31.*de act.empt.l.* 14 *pr. l. si vendidero.* 80. *de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cùm res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quàm domino, ut videbimus *inf.* §. 1. *de act.*& §.*ult.de obl.quæ ex del.* Et hæc causa est, quod emptori in proposito competere non possunt: quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d.l.* 14. *pr.de furt.l.si ager.*50. *de rei vind.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l.*10.*C.de pact.* Quinimmo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi.*19.*h. t.* §. *venditæ.* 41.*sup. de rer. div.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione] Non solùm condictio re vendita ante traditionem furto oblata, venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cùm hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d.l.*14.*pr. l.si vend.* 80. *de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib.* 4. *tit.* 3.

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quàm purè contrahi potest. Sub conditione, veluti,* Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

No-

Notæ.

4. *Tam sub conditione*] *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. &c.* Potest & purè sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, *l. 3. eod. l. 6. C. de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera addictio in idem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict.* & *tit. de leg. commiss.*

Commentarius.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptore intra certum tempus placuerit, valere, non valere indefinitè ita contractam, si emptore placebit: & cur tam variè?*
2 *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*
3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transigantur?*

Contractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantùm, sed etiam sub conditione iniri possint. At enim verò hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non temere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cùm res ita veniit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod
1 placet, hujusmodi emptionem non valere, *Quantè voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sæpe. 35. h. t. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l. 7. h. t.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quantè voles: Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sæpe. 35. §. 1. & d. l. 13.* In casu autem hìc proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate dumtaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez. 2. *var. resol. 2. n. 19.* Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur; cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cùm ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l. 3. h. t. l. 6. C. de resc. vend. l. 4. C. de ædil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolit. 31. §. si quid. 22. de ædil. edict.* Gomez. *d. loc. & num. in fin.* Ejusdem generis 2
est & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* & ibi DD. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum nostro idiomate *Naesting* dicitur, quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduct. ad jurisp. Bat. c. 16.* consule porro Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 14. C. de contr. empt. & ibi laudatos.* Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, 3
propriisque explicantur *tit. in π.* addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januareas proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cùm quid ita venditur, ut, si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l. 2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud disertè placuerit, veluti, si in addictione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est. *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

Textus.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam,) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere*

ei

ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, cum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut secus?*
2 *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l.* 8. *h. t.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cùm fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *d. l.* 8. *l. fistulas.* 78. §. *ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cùm captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit, quàm pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *d. l.* 8. §. 1. *h. t. l. si jactum.*
1 12. *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptione.* 34. §. 1. *h. t.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu.* 80. §. *ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hìc quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quàm quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, §. 2. *sup. de inut. stip.*
2 *Frustra quis sciens emit*] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio planè nulla est, *l.* 6. *l. si in emptione.* 34. §. 2. *l. liberi.* 70. *h. t.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *cùm servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l.* 34. §. 2. vid. *sup. d.* §. 2. *de inut. stip.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartolus in *l. cum lex.* 46. *de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l.* 11. §. *ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *resol. num.* 50. contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l. domum.* 57. *per tot. h. t.*

Deceptus à venditore, &c.] Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi.* 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *l. qui officii.* 62. §. 1. *eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cùm res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantùm, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hìc ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quominus eam tradere possit: neque enim actio de dolo hìc desideratur, cùm sufficiat ex empto: quippe quia cùm res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l.* 1. *l.* 11. §. *idem. ait.* 9. *de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit restituat. *arg. d. l.* 11. §. *ult. de act. empt. l. si fundus.* 33. *locat.*

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 65. *& Lib.* 11. *Tit.* 70.

Continuatio. Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione? Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant?

SEcunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pæne totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut operæ personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptionem id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum

omni

omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut dumtaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud locatorem remanet, *l. non solet. 39. hoc tit.* verùm etiam possessio, & conductor tantùm in possessione esse & rem detinere dicitur, *§. 5. infr. de interd. l. 9. de rei vind. l. 3. §. cæterum. 12. l. 9. de acquir. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tamquam invasor rei alienæ, condemnetur & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quàm soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, *§. 1. & penult. sup. de usu & habit.* servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l. locare. 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conducto. 15. §. pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solùm, quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l. 5. §. 2. de præscr. verbor.* At verbi causa servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l. 5. §. 2.* cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. rogasti. 19. §. 1. de præscr. verbor.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit, Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori verò conducti.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eumdem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servetur.*

Locatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. h. t.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cùm dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. si quis. 46. h. t.* Ut illic, ita etiam hìc ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione. DD. comm. *in d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur. 1

Si merces constituta sit] Duplex hìc indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut litteræ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *l. 1. h. t.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quàm quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quàm pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. quod si. 28. §. 2. l. ea lege. 51. §. 1. l. insulam. 58. pr. h. t. l. ult. §. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. ex conducto. 15. §. 4. l. sed addes. 19. §. 1. §. si quis. 6. l. quæro. 54. h. t.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. 2. hoc tit.

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti,

ducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præ-
2 stat, & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. sed addes.* 19. §. *pen. l. item si.* 22. §. 2. *l. qui operas.* 38. *h. t. l.* 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l.* 11. §. *pen. l.* 13. §. 1. 2. *&* 3. *d. l. sed addes.* 19. §. *si quis.* 7. *d. l. item si.* 22. §. 2. *l. si merces.* 25. §. *pen. & pass. h. t.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eumdem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem sit operæ locator; & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l. item. si.* 22. §. 2. *h. t. & d. l.* 1. *de æstim act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps ve-
3 teribus dicitur. Vinn. Sæpe quis locator, quisve conductor sit, ex eo judicandum, à quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur. vid. *l.* 19. §. 9. junct. *l.* 22 *ff. h. t.* Cujac. *observ. lib.* 2. *cap.* 28. Si ne sic quidem res ad liquidum perduci potest, actione præscriptis verbis experiundum *l.* 1. §. 1. *ff. præscr. verb.* Hein. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita an. 1515. confirmata *art.* 30. *ord. polit.* Præterea scribit D. Grotius *lib.* 3. *manuduct. ad Jurisp. Bat. c.* 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantùm nullius esse momenti, verùm etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominium admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art.* 33 *d. ord. polit.* continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse, asserit Groenevv. *de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet, in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sanè in genere constitutum est, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tamquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *n.* 2. *& decis.* 118. *n.* 5. *& seqq.* & Autumn. *ad d. l. pen. C. de locat.* quamvis insuper etiam judicis arbitrio multari possit.

Textus.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

Notæ.

1. *Fulloni polienda*] Gloss. vest. λαμπρύνα, κναφεία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l.* 31 *h. t. l.* 48. §. 4. *l.* 82. *de furt. l.* 2. *de cond. sin. ca.* Plin. 37. c. 17.

Non propriè locatio] Sed novum negotium à locatione separatum proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *l.* 1. *l.* 2. *&* 3. junct. *l.* 22. *de præscr. verb.*

Commentarius.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta?*

Si *alieno arbitrio pretium*] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod ut in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces.* 25. *pr. h. t. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §. 1. *præc. tit.*

Nul-

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio ut des*. Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi. 22. de præscr. verb.* §. 2. *in fin. sup. quib. mod. re contr. obl.* §. *ult. infr. de mand.*

1 *Actio præscriptis verbis*] Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l. 1. & 3. seqq. de præscr. verb.* Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in *l. 6. C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eamdem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, *l. Titius. 24. d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque caussam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes intercesserat prolixe enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur: e. g. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE*. Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercadere soleat. Ast in contractibus innominatis factum erat enarrandum, e. g. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE*. Hinc dicitur actio incerta, *l. 6. C. de rer. permut.* incerti, *l. 7. §. 2. ff. de pact.* in factum, *l. 13 §. 1. l. 22. fin. ff. præscr. verb.* &, quia formulæ hujusmodi actionum à JCtis præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. Max. *lib. 7. cap. 2.* & *Antiqu. nostras Rom. lib. 4. tit. 6. §. 32.* HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cùm unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quià non fuit commodatum gratuitum, verùm præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantùm fine steterit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l. 7. §. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

Præscriptis verbis agendum] *d. l. 17. §. 3. de præscript. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recensent Paul. *l. 5. d. t. Do, ut des: Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis pretium seu mercedem locationis, quàm pretium emptionis in alia re consistere, quàm in pecunia numerata.*
2 *Ad* l. si olei. 21. C. hoc tit.

ETiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit; nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si conveneris. 23. comm. divid. l. si gratuitam 17. §. 3. de præscr. verb.*
Atque omnimodo credibile est, ob eamdem ra- 1
tionem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hîc intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quàm in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem planè utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quàm pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam verò constat, res omnes æsti-

mari

mari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cùm in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quàm in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit. 23. comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l. 1. §. si quis 9. depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur: in *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. si merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit.* junct. *l. si apes. 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si. 28. §. 2. l. si quis. 46. l. si decem. 52. l. insulam. 58. & pass. hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certè fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l. 7. §. 3. de senat. Maced.* Et cùm rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maximè locus est, qui Corasium *lib. 2. misc. 11.* Pinell. *ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si olei. 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest; primum cum Salyceto proponi in *d. l. 21.* casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces. 5. §. vis major. 6. hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes. 19. §. 3. l. & hæc. 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei. 21.* pertinere. Etsi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maximè spectatum fuit. Idem responsum esto *ad l. 8. & ad d. l. excepto. 18. C. eod.* Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. *in d. l. 5. §. 2. de præscr. verb. & d. l. si olei. 21. C. hoc tit.* Gomez. *2. resol. 3. num. 3.* Fachin. *1. controv. 82.* Christin. *vol. 3. decis. 109. num. 12.* ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic cap. 4.* cum D. Busio *ad l. 2. hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantùm, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. *1. animadvers. 15.* distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quàm pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantùm, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, *συνάλλαγμα* esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium. 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum, *§. 2. in fin sup. quib. mod. re contr. oblig.* verùm est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus *l. 5. d. tit. Do, ut des: Do, ut facias: Facio, ut des; Facio, ut facias:* ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præ-*

præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

Notæ.

3. *Perpetuo fruenda*] Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11.* ex conventione tamen temporalium esse potest, *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, *arg. l. 1. §. 3. de superfic.*

Id prædium vendiderit] Cæterum cùm vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta dispositionem *l. 3. C. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi iniquè potest. Planè inductio & honorarium (quod barbarè laudemium,) in omni alienatione necessaria, *d. l. 5. circa fin.*

Lex Zenoniana] Originem autem à Zenone non trahit. vid. Hotom.

Siquidem aliquid pactum] Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quàm quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l. 2. Codice eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, *d. l. 2.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, C. de SS. Eccles.*

Commentarius.

1 *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset?*

2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in ædibus consistat?*

3 *Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*

4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.* *Vinnius in Institut.*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit? Et quid hic juris apud Batavos?*

7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit?*

8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?*

9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant?*

10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?*

Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos 1
constituta ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. Dixeris, hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in hæredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, *l. 1. §. 1. si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cùm in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, meliotatione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certè ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, à verbo Græco ἐμφυτεύειν, quod Latinis est, *insero, implanto*. Dicuntur & agri vectigales à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à pos-

sessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero in *paradox. 6. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat*. Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l. 1. si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex institionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. l. 15. §. si de vectigalibus. 26. de damn. infect.* Ait, *perpetuo fruenda*. Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. C. de offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l. 1. & 3. C. de locat. præd. civil. lib. 11.* quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *l. ult. si ag. vect. l. 1. §. 3. de superfic.* VINN. In jure nostro promiscuè accipiuntur agri vectigales & emphyteutici: *rubr. tit. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti, vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto annuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes sartæ tectæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digestorum paullo ante laudato agitur. Vid. *l. 1. ff. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Quum vero & agri inculti & novales hac lege locari solerent, hi speciatim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differebant à vectigalibus, quod quum his vectigal, quod in frumento consistebat, imponi soleret; hic pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. Ast postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari cœperant. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinent eruditè ex Romanis Antiquitatibus explicavit V. C. Petrus Burmann. *de Ve-*
3 *ctigal. Pop. Rom. c. 1. 2. & 3.* HEIN. Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est. Vvesemb. *par. hic. num. 8* D. Bronch. *2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet. 39. hoc tit.* D. Joan. à Sande *lib. 3. tit. 6. defin. 10. circa fin.* Sanè non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis, jus alienandi,
4 servitutem imponendi, novum opus nuntiandi; quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ traduntur*. Rectè interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantùm. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediatè nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant dumtaxat, *l. 3. de obl. & act.* junct. *l. traditionibus. 20. C. de pact.* adeoque perspicuè falluntur, qui æxistimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

Quamdiu pensio præstetur] Præstatio pensionis 5
seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiss.* Guid. Pap. *quæst. 171.* Clar. *§. emphyteusis. quæst. 10.* Anton. Fab. *C. suo hoc tit. defin. 16.* Perez. *in C. hoc tit. in fin.* D. Grot. *2. introduct. 40.* Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæst. 10.* Fachin. *1. contr. 99.* Christin. *vol. 3. decis. 122. num. 9.* Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, arg. *cap. ult. x. de locat.* censet idem Clar. *d. §.* eoque jure nos quoque uti scribit Grot. *d. loc.* & ita judicatum refert Coren. *obs. 22.* quamvis communis sententia sit, emphyteutam privari moram purgare non posse. Clar. *d. loc.* Sichard. *ad l. 2 n. 20. C. hoc tit.* Fachin. *1. contr. 98.* secundum quam judicatum refert Afflict. *decis. 174.* ad Christin. *vol. 1. decis. 157.* Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non est singulis. 176. de reg. jur. l. 7. C. unde vi.* vid. Clar. *d. §. q. 11.* Sichard. *d. loc. num. 16.* Fachin. *d. lib. 1. contr. 95.* Loci, qui de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib. 2. intr. c. 40.* Coren. *obs. 5.* Mornac. *ad l. 2. C. de jur. emphyteus.*

Vendideris, aut donaveris] Emphyteuta non 6
solùm possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi præ-

prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantumdem offerat, *l.3.vers. sed ne hac. C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi verò vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *d.l.3.in fin. & ibi* Jas. *col.14. & seq.* Sichard. *num.19. & seq.* Prolixius hæc executio *lib.2.select.quæst.cap.2.* Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit. *Dec.Cur.Holland.59.* sed habet dominus jus προτιμήσεως, seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. Grot.4. *introduct.40.* ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. Vinn. Verè ergo domino tantum competit jus προτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non potest dominus emphyteuseos: quamvis ei futura alienatio denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipse ne jure προτιμήσεως uti, an extraneo emtori fundum concedere malit. Hein.

Lex Zenoniana lata est] Zeno *l. 1. C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum: utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius agere-
7 tur. Unde interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ commuois conducens, id juri gentium adscribi debet, vid. *sup. de jur.nat.gen.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus quàm temporales omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis verò nihil aliud est quàm in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes.74 vers.24. & seqq.* Joseph.2.*Ant.Judaic.4.* Aristot. 2.*Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quàm ut hic contractus, cùm antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens detexit, ut disputat Coras. *1. misc.21. num.4.* Planè si vera est communis DD.
opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & sub- 8
stantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente,*) juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, arg. *l.6.de just.& jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere; sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant. Connan. 7.*comm.*12. Perez.*C.hoc tit.num.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolute positi conditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §.1.*sup.de testam.mil.l.24. eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractus substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat, testibus Bart.& Angel. *in d. l.1.hoc tit.* Paris.*lib.3.cons.177.num.16.& seqq.* Socin.*cons.169.num.* 12. Roland. à Val.*cons.87. num.* 11.& nominatim de moribus nostris testatur Grot. 2.*introduct.*40. Clarus tamē *d.§.emphyteusis.quæst.* 4. negat, consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechliniensem aliquando censuisse refert D.Christin. *vol.3.decis.* 1119.*n.5.*

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque in-
clinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contra- 9
ctui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur, cùm illud in constitutione emphyteusios apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus, non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra: & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. Jo. Fab. *ad hunc §. circa fin.* Jas. *in l.1.C.de jur.emphyt.num.39.D. præs.*

in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §. *emphyteusis. q. 1. n. 2.* Grot. *introduct.* 46. Baro. 2. *comm. hic. part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus] Id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hìc loquitur Justinianus: non tantùm circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujac. Ferret. & Hotom. legunt, *ac si natura talis esset contractus*: quomodo & Theoph. legisse ex paraphrasi apparet: & rectè sanè, *τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνηθέντα φύσιν δίδωσι τοῖς συναλλάγμασι.* Theod. Hermop. *in l. 23. de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus] Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis verò rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l. 1. C. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto. 15. §. 2. & seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quàm ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio, justa mercede facta sit, quàm initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quàm natura & conditio negotii, quod geritur. Clar. §. *emphyteusis. q. 8. n. 7. & seq.* Gail. 2. *obs.* 23. Ant. Fab. *C. suo de jur. emphyt. defin.* 36. Diss. Fachin. 1. *contr.* 89. D. Tuld. *in C. de jur. emphyt. num.* 4.

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*
2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

AFfert hìc Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contra- 1
heretur, an locatio, conductio? nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hìc emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantùmque emptionem & venditionẽ esse, *l. 2. h. t.*

Placuit, tantùm emptionem & venditionem] *d. l. 2.* Si cùm aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantùm contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cùm utrobique in pretio constituendo non materiæ solùm, sed etiam artificii ratio habea-
tur? Sic verò in universum habendum est: Si quam 2
rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, regulas, &c. ut nihil aliud quàm pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solùm; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit, quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus. 20. de contr. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit. 65. d. tit.* toties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Nam adversatur huic sententiæ Paulus in *l. item si. 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait, cùm insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cùm aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur, *d. l. Sabinus. 20. in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hìc emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aurum dederit] *d. l. 2. l. in navem. 31. hoc tit.* facit *l. scribit. 34. in pr. vers. in artifice. de aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit. 65. de contr. empt.*

TEX-

TEXTUS.

Quid præstare debet conductor.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

NOTÆ.

5. ***Ex bono & æquo præstare***] Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte sunt, præstari æquum est, §.30. *inf. de act. & sup. de obl. ex conf.* add. *l.*25. §.3. *l.* 24. *pr. hoc tit. l.* 2. *l.* 17. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præstanda?*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

AGitur hoc § de præstationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hic enim pacto standum esse Julianus respondit, *l.*9. §. *Julianus.* 2. *hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l.* 11. §. 1. *& ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l.* 11. *de act. empt.*
1 *l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cùm sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, *l. si in lege.* 24. *& l. seq.* §. 3. *hoc tit.* §. *in bonæ.* 30. *infr. de act.* unde post moram etiam usuræ tardius illatarum pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro.* 54. *eod. l. præses.* 17. *C. eod.*

Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l.* 7. §. *quinimo.* 5. *de pact. d. l.* 23. *de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quàm ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l. qui fundum.* 40. *l. comprehensum.* 60. *l. si cum fundum.* 68. *de contr. empt. l. si in lege.* 24. *hoc tit. l. venditor.* 13. *comm. præd. cum similib.*

Vinnius in Institut.

Ex bono & æquo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l.* 25. §. 3. *h. tit.* Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur, ex honesta non faciat cauponam, *l.* 3. *C. eod.* Uterque, ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d. l. quæro.* 54. §. 1. *h. t.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, *d. l. quæro.* 54. §. 1. *l.* 3. *C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol.* 3. *decis.* 115. quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hìc tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus cum expelli debere. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est, quod traditur in *l. si merces.* 25. §. *pen. h. t.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus dumtaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l.* 5. §. 2. *commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cùm autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia quàm levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantùm culpa dictam regulã intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Jurisconsultus *d.* loco scribit, plus ab accipiente exigi, quàm cùm utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quàm qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantùm præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* Ex 2
quibus perspicuè evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem.* 40. *h. t.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quàm culpam à conductore præstari legimus,

l.9.§.3.l.11.§.3.l. item quæritur. 13. §. 1. l. in navem.31. in fin. h. t. quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito, in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones, locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat; quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstetur: edicto verò omnimodo qui recepit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsulti is, qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quàm culpam levissimam.

3 Quid ergo respondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse prò positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hìc significari intelligatur, non summa illa & pæne modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l. 5. §. custodiam. 5. commod. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. fam. ercis. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus. 18. l. 1. §. & ille. 4 de obl. & act. §. 1. inf. de obl. quæ quasi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. si merces. 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent, casus esse speciales, qui hìc & in *d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua quasi damno maximè obnoxiæ accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l. 1. §. sæpe. 35. depos.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minimè requirunt: nec quilibet, qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quàm natura contractus desiderat, obligatur, *d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cùm in aliis sit levissima, *l. 9 §. pen. l. item. 13. § si gemma. 5. h. t. l. 12. de furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut D. Vvesemb.

Et aliquo casu fortuito] *L. in judicio. 28. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus. 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Non obstat quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, *l. 13. § 1. de lib. caus. l. 14. §. qualis. 16. de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & danmo, cui culpa causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpa præstamus, de quo uberius disserui sub *§. 3. tit. præc.* Quod autem hìc excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est in jure nostro, quàm ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus: insuper habito, utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur, nec ne: utpote quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirificè variant & interpretes, & judicum sententiæ. Vid. Gail 2. *obs.* 21. Menoch. *de arb. jud. q. 2. cas.* 390. Mascard. *lib. 2. de prob. in verb. Incendium* Fach. 1. *contr.* 87. Moller. 4. *semest.* 31. D. Tulden. *comm in tit. de leg. Aquil. inf. c.* 8. Christin. *vol. 3. decis.* 112. *n.* 5. ubi plures citat. Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita. Fach. & Moller. *dd. loc. l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de per. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l. 1. sel. quæst. cap.* 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.*

NOTÆ.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus] *l. 10. C. h. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l. 19. § 8. eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l. 37. de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi nō tenentur, *l. 35. §. 1. l. 32. h. t. l. 120. §. ult. de leg. 1. l. 9. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptor non tenetur stare locationi factæ à venditore: & quid hodie?*

MOrte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l. 10. C. hoc t.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l. hæres. 37. de acq. hær.* Ait autem Justinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere; & Gordianus in *d. l. 10.* hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri;

ri; quamquam etiam ita tenentur, *l. sed addes.* 19. §. *antepen. h. t. l. cum conductorem.* 29. *C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, *l. inter causas.* 26. *pr. mand. l. nemo.* 35. *& l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt: sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces.* 25. §. 1. *l. qui fundum.* 32. *hoc tit. l.* 9. *C. eod. l. nihil.* 120. §. *ult. de legat.* 1. Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huur gaat voor koop.* Grot. 3. *introduct.* 19. Neostad. *dec. sup. Cur.* 30. Gudelin. 3. *de jur. nov.* 7. add. *vei, vai,* Groenevv. *de legib. abrog. ad l* 9 *C. hoc tit.* In hac urbe sequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74. 1

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 37.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos rés aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut sit societas, necesse est, aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* Enim verò quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint.* 59. *l. duo.* 71. *eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur: nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *pr. hoc tit. l.* 5. *l. verum.* 63. *eod.* Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus.* 52. §. *Idem Papinian* 8. *eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res à duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit* 31. *cum* 3. *ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum est, quod [illegible] *l.* 2. *comm. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ à [illegible] pariter empta est, cum societate commun[illegible]; nempe si empta sit cum affectione & [illegible]ietatis: idemque præsupponendum in specie *l.* 2. *C. hoc tit.* quamquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l.* 2. contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum consusæ fuit; massa quidem hæc communis est, §. *si duorum.* 27. *sup. de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est, fit illa quidem amborum voluntate communis, sed ut modo dixi, citra societatem, *d. l. ut sit.* 31. *h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantùm socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *d. l. si non fuerint.* 29. §. 2. *eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantùm sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligetur. Cùm autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l.* 2. *de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l.* 4. *h. t.* posse societatem coiri re & verbis, &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacitè re seu facto aliquo consensus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad d. l* 4. Species societatis sumuntur à diversitate materiæ; ac de eo hìc primum agitur; deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni; postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur. 1

TEXTUS.

Divisio à materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, vel uti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

Societatem coire] Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hìc agitur.

Aut totorum bonorum] In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *l.1.§.1.l.2.l.3.l. 73. & seq. hoc tit.* Cùm autem aliqui simpliciter, societatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l.7.cum seqq. eod.*

Unius negotiationis] Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, *l. 52. §. 5. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species societatis subjectis distinctæ.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur? ejusque effecta.*
3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quàm in alia universali?*
4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit?*
5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

Societatis diversæ sunt species, & effectibus, & subjectis distinctæ, *ut l.1.§.1.l.3.§.1.l.5.l.7. cum aliquot seqq. l.si non fuerint. 29. & pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantùm videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quamquam minus accurata ea oppositio est.
2 Pinguius à diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantùm, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l.2. hoc tit.* actiones invicem sunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l.si societatem.73. & l.seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quàm quæ ex opera sociorum quæruntur, *d.l.3.§.1.d.l.73.eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantùm contracta in- 2
telligitur, tùm nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis, non paternis tantùm, sed etiam exteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantùm paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minimè contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *l.cum duobus 52.§.Papinianus. 6 h. t. l. 4. C. comm. utriusque jud.* Ant. Fab. *Cod. suo, hoc tit. defin.3.* D.Tulden. *comm. hic. cap.* 1. Moribus fere totius Belgicæ (Frisiam excipe, vid. D. Joan. à 3
Sande *rer.jud.lib.2.tit.5.defin.3.*) bonorũ omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit: in qua societate etiam hoc amplius est, quàm in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione; scilicet quia lex hanc communionem inducit. Vid.D. Neostad.*in not. ad observ. 9.* tùm alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi arquirant; ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *l.si societatem.73. & l.seq. hoc tit.* Unde Paulus in *l. 1. §. 1. eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cùm societatem coeunt. In socie-
tate universorum, quæ ex quæstu veniunt, res 4
coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantùm, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ verò alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l. 7. & aliquot seqq. hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cùm aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi veline *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeuntium statim communicari: hoc enim non obscurè pugnat cum *d.l.7.* Et *l. 1.§.1.eod.* disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quàm quæ nominatim ita con-

tra-

5 tracta est: ut bene Baro hìc. In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, rametsi extra causam societaris id præstetur, *l. cum duobus. 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* Nec mirum, cùm rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Qua propter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honestè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur, veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honestè & bona fide erogavit, *fac. l. quæ pater. 50. fam. erc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, *arg. l. 19. de rit. nupt.* Rol. à Vall. *cons.* 91. Menoch. 2. *de arb. jud. cap.* 127. Fach. 8. *contr.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 51. *num.* 9. Gothofr. *ad l.* 81. *hoc tit.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 8. Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic. cap.* 4. sed de dote dissentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l. 50. fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Immo cùm filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt sustentent, conferuntur, *l. 17. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Planè feuda in hanc societatem non veniunt. Bald. & Præpos. *in c. Imperialem. de proh. feud. al. per Fred. & in cap.* 1. *de invest. de re al. fact.* Præs. Everh. *cons.* 53. In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus. 52. §. cum duo. 5. eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis hic propositæ.*

2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, qui secus sentiunt.*

3 *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

OMnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa 1 hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantùm in causa pars expressa sit, in altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet.

Æquales sc. partes] Si partes expressæ non sint, id tacitè actum intelligitur, ut æquales sint, *l. si non fuerint. 29. pr. h. t.* quod sic vulgo & rectè acceptum est, ut pro vero habendum sit, cùm ea quoque quæ conferuntur, sunt æqualia: cæterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, 2 quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hìc intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm.* 13. neque D. Tuldeno *comm. hic. cap.* 5. qui ita disputant, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacitè factas intelligi non considerato eo, quod quisque contulit, quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse, videantur, ut quisque damni & lucri tantumdem haberet: scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta; tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cùm nihil æquius sit, quàm ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *l. 6. l. quid enim. 80. hoc tit.* hoc ipsum tacitè quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον. VINN. Plura ad *l. 29. ff. pro soc.* in hanc sententiam commentatus est Vir Clarissimus Ger. Noodt *Comment. in Pandect. hoc tit. p.* 380. *sequ. Tom.* 2. *Op.* quem eximium Jureconsultum, dum hæc scribo, ad superos excessisse, non sine dolore audio. Mortuum saltim nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem sibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit posteritati. HEIN.

Si expressæ fuerint partes, hæ servari debent]

Ac

3 Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit: & contra si æquales servari placuerit in collatione inæquali. Itaque cùm sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituant. Videtur tamen quod hîc simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua sub §. *seq.* Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *l. societatem. 76. cum 4. ll. seqq.*

Vt ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quàm lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus sententia prævaluit,) contra sensit; quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.*

NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*] Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desideret, *l. 63. pr. eod.*

Servius Sulpitius] *l. 30. in fin. h. t.*

Opera alicujus pro pecunia] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *l. 29. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Sulpitium in casu hîc proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quàm temperasse.*
2 *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis: & de leonina societate.*

Lucri duæ partes, damni tertia] Difficulter in societate coeunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni una tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus. 1

Quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera]. Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quàm temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantùm, alter operam simul cum pecunia confert; immo justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cùm inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpian. in *l. si non fuerint. 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam interpret. comm. *ad hunc §. & in d. l. 29.* sequuntur. Gomez. *2. var. resol. 5. num. 5.* Vvesemb. *parat. hic n. 7.* Christin. *vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fatear, 2 non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus. 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat

com-

communionem leoninam. Deinde quia apertè huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præc.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq. & l. Mucius.* 30. *in fin. eod.* Etsi verò hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cùm non planè tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æquè ex parte donationis causa rectè contrahatur atque emptio venditio, *l. si quis.* 38. *de contr. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quàm alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cùm ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solùm improbasse inæqualitatem, *d. l.* 29. *hoc tit.* Utut verò sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Vvesemb. *hic. & in par. d. loc.* add. Menoch. 2. *de arb. jud. cas.* 125.

3 *Ut alter pecuniam*] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l.* 1. *C. hoc tit.* & quidem ita, ut hìc dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cùm sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. act.* 1. *sc.* 3.

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia, cui simile illud in *l.* 52. §. 2. *eod. pretium operæ & artis est levamentum, id est, σύνωμα.* Varro apud Non. *amussis est, æquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præpostero litterarum ordine scriptum est *velamentum*. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quàm is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint.* 29. §. 1. *hoc tit.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter Grot. 2. *de jur. bell. ac pac.* 12. *num.* 24. Covar. 3. *var. resol.* 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud interpretes in *l.* 1. *C. hoc tit.* utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 2. *obs.* 24. *n.* 6. Fachin. 2. *contr.* 94. & 95. Christin *vol.* 3. *decis.* 51. *n.* 4. & *vol.* 1. *decis.* 207. *n.* 8. & *seqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] Ut 4
sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est; id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint.* 29. §. 1. *hoc tit.* D. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quàm alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recipit. Ait Justinianus *lucri partem*, disertè *partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantùm, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l.* 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantùm, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur, *d. l.* 29. §. 2. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe. Vid. Desiderium nostrum *in Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro, *l.* 30. *h. t.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro,* vel

vel in solo damno,) in altera verò omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eamdem partem servari.

COMMENTARIUS.

QUæ partes in causa lucri aut damni tantùm definitæ sunt, eædem etiam in causa omissa tacitè definitæ intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacitè actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut partes lucri æquales sint, tacitè conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. Everhard. *consil.* 197. Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 2. Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero; sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. Bald. *in l. fin. C. de ind. vind. toll.* Jas. *in l.* 1. *C. de in jus voc.* Christin. *d. loc.*

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cùm aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed planè si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cùm ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei verò, cui renunciatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renunciatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cùm in perpetuum coita est?*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacitè facta intelligatur?*
3 *Malitiosa renunciatio quatenus cui noceat?*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis: renuntiatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l.* 4. §. 1. *l. verum.* 63. §. *ult. hoc tit.* Quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu] Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *l.* 5. 1
C. eodem. Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest; quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cùm aliquis renunciaverit societati] Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *C. de resc. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum.* 63. *pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis.* 20. *de legat.* 2. Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla.* 70. *hoc tit.* contemnere liceat, *l.* 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit, *l.* 1. *eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quàm sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renuntiatione dissociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cùm cæteris annuntiatur ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actio- 2
nis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione.* 65. *pr. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cùm dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *d. l.* 63. §. *ult.* 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *d. l. actione.* 65. *in pr.* junct. §. *pen.* add. *vai val*, Salic. *in l.* 5. *C. eod.* 3. cùm separatim agere cœperint, & sibi quis-

quisque negotiari, *l. itaque. 64. eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacitè renuntiasse societati intelliguntur.

3 *Si quis callidè renuntiaverit*] Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à sociis, sed ea solùm, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantùm si callidè & malitiosè facta sit, cujus exemplum hîc profertur: verùm etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *l. 17. §. 1. eod.* item si facta intempestivè, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *l. 14. & 2. seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis intersit, eam non dirimi. Qui sic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l. 7. §. 1. l. actione. 65. §. 3. 5. & 6. eodem*.

Veluti si totorum bonorum socius] Expressè mentionem tantùm facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Jurisconsultus in *d. l. actione. 65. §. 3.* quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

Quod non captaverit] Si renuntiandi lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renunciatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione. 65. §. 3.*

Cui renuntiatum est] Cui dolosè renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat; socios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione. 65. §. 3.*

TEXTUS.

De morte.

5. *Solvitur adhoc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

NOTÆ.

5. *Nisi, &c. aliter convenerit*] Id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l. 65. §. 9.* Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l. 65. §. 9. l. 39. & seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte & vel unius e pluribus tota solvatur societas: & quo id pertineat? num. 3.*

2 *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.*

Etiam morte unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. l. nemo. 35. l. cum duobus. 52. §. idem. 9. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. ult. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi, quo placet, hæredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, *§. ult. præc. tit. l. hæres in omne. 37. de acq. hær. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantùm rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verùm insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo. 35. d. l. adeo. 59. hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cùm non vult, *d. l. actione. 65. §. societas. 11. eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *d. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. in hæred. 8. eod.*

Sed & si consensu plurium] Et si plures, quàm duo, societatem coierint, & unus tantùm ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantùm dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione 65. §. morte. 9. hoc tit.* Ratio est, quoniam cùm plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt; ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

Nisi in coeunda societate aliter convenerit] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione. 65. §. morte. 9.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus. 52. §. idem. 9. l. adeo. 59. eod.* Confundit Hotomannus 2

duo dissimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *d. l. actione. 65.*
3 *§. morte. 9.* tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cùm morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l. nemo. 35. & l. seq. d. l. verum. 63. §. in hæredem. 8. d. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

¶ 6. *Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.*

COMMENTARIUS.

SI societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d. l. actione. 65. §. item. si. 10. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore ea expirat. *fac. d. l. actione. 65. §. item qui. 6.*

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

COMMENTARIUS.

QUod Paulus *d. l. actione. 65. §. publicatione. 12. hoc tit.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cùm socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum. 63. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest. VINN. Atqui si obæratus bonis eedit, bona non publicantur, sed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus substantia veniit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatave sunt. Vid. *l. 63. §. 10. l. 58. l. 65. §. 1. & 2. ff. pro soc.* HEIN.

Alius succedat] Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat, & sibi vindicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

NOTÆ.

8. *Bonis suis cesserit*] *dict. l. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *l. 4. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

POstremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cùm societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quàm sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint, *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione. 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic. cap. 8.* Non puto autem, quod hìc traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille,

ille, qui operam tantùm contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa separatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant] Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui eùm civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l. 6. de ceß. bon.*

TEXTUS.

De dolo & culpa à socio præstandis.

9. Socius socio utrum eo nomine tantùm teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

NOTÆ.

9. *Socius socio*] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhibere] Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia fiunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri] Eadem ratione utitur *sup. §. ult. quib. mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ seu negligentiæ nomine obligetur?*

2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda?*

3 *Nodus Gordius, quem nectit* l. 32. depos. *solutus.*

4 *Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstatione diligentiæ obstringitur, quàm quæ hic in calce affertur.*

HÆc etiam sunt apud Cajum *l. socius. 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quàm vulgo interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit,) & dolus & culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolutè ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli. Vid. *sup. §. 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur esse 1 probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine dumtaxat, sicut depositarius; an verò etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hîc Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum duobus. 52. §. 2. eod.* Illa sanè dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantùm facit, ut culpa non æstimetur opposita diligentiæ summi gradus; id est, ne præstetur culpa levissima, *l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. fam. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & *d. l. socius. 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sanè hanc rationem Justinianus & Cajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantùm, non etiam culpam aut negligentiam præstare. *§. pen. sup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Verùm iidem hoc loco, & *d. l. socius. 72.* eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantùm teneri, sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominem modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cùm alia & certa ratio sit, quæ manifestè efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodùm societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam apertè socios separat à depositario, qui onus tantùm sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas. VINN. Immo justissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quid levem culpam præstare debeat socius, suadere videbatur natura contractus, ad utriusque emolumentum comparati. Ast quum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam à socio diligentiam exigeret, quam diligentes patresfam. in rebus suis adhibere solent, quum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit. Quare demum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet so-

socius, sed non in abstracto, qui vocant, verùm in concreto, id est non talem præstet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui latæ culpæ reus est, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis *l.* 32. *ff. depos.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est, culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet paterfamilias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, qua uti solet in suis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

Qualem suis rebus adhibere solet] Didicimus socium socio non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verùm etiam nomine culpæ ac desidiæ: atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet dumtaxat. Porro
2 nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantùm accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere so-
3 let. Quæ sunt ipsissima verba Caji in *d. l. socius.* 72. *hoc tit.* Hic verò nobis pæne indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva.* 32. *depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quàm dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quàm in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit; quod socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quàm si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quàm suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando verò id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva.* 32. *depos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic, Cajus in *dict. l. socius.* 72. item Paulus *l. heredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *famil. ercisc. l. in rebus.* 17. *de jur. dot.* & Ulpianus *l.* 1. *de tutel. & ration. distr.* sed animadvertendum est, Celsum expressè proponere ignavum aliquem & dissolutè negligentem, id est, talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *argum. d. l. quod Nerva.* 32. *depos.*

De se queri sibique hoc imputare] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per *l.* 1. §. *is quoque.* 5. *de oblig. & action. & §. pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantùm hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacitè promittere videantur. 4

TITU-

Titulus Vigesimusseptimus.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 35.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu in primis necessaria.

SUperest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur,) est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Ajo *gerendum*, quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *fac. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l. fideicommissa. 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex litteris credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit? vid. Gomez. 2. *var. resol. 13. n. 5.* Christin. *vol. 3. decis. 34. n. 6.* Gloss. & DD. *in l. si litteras. 7. C. hoc tit. l. Lucius. 24. de fidejuss. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. hoc tit.* Ajo *committitur & suscipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi etiam mandatum verbi proprietate tantùm designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cùm dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. sub §. ultim.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim qui mandavit, eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa; mandatario contraria, *pass. ff. & C. hoc tit.* Cùm autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l. 1. pr. §. 1. & 2. eodem.* Quin interdum etiam tacitè mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia, & affinia dein sequuntur.

Vinnius in Institut.

Textus.

Divisio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantùm gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantùm, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantùm gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Notæ.

Mandatum contrahitur] Ex Cajo *l. 2. h. t.* Mandare est gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *inf. in comm.*

Commentarius.

MAndatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantùm. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub *§. nihil autem. 42. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hîc alia proponitur divisio, sumpta à fine, eaque quinque partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantùm gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantùm, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum *l. 2. hoc tit.* Unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustratur. Poterat hîc addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in *l. 8. §. 3. & 4. eod.*

At si tua tantùm gratia] Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantùm externa mandatum est, revera consilium potius, quàm mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. *inf. §. tua tantum. 7.*

Textus.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantùm gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

COMMENTARIUS.

1 *An & quando valeat mandatum incertæ rei?*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Cajo *d. l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Apud Cajum pro eo, quod hìc legitur *sponderes*, est *fidejuberes*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cùm veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*, quasi apud Cajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejubere*, quàm *spondere* invenias. Locus hic alioqui planus est. Enim verò occasione exempli mandati
1 de fundo emendo quæritur, an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit, sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum post.* 69. §. 4. *de jur. dot. l. ita stipulatus.* 115. *pr. de verb. obl. l. domus.* 71. *pr. de legat.* 1. add. quæ disputamus sub §. *si generaliter.* 22. *sup. de legat.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere; veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 2.

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. ***Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.***

NOTÆ.

2. *Ex fidejussoria causa*] Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l.* 5. *C. de fidejuss.* quod mutatum *Nov.* 4. Commodum hìc creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum reo instituitur periculo mandantis, cùm absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l.* 22. §. 2. *l.* 45. §. *ult. h. t.*

Quem tibi deleget] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l.* 26. §. 2. *eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l.* 22. §. 2. *d. l.* 45. §. *pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hìc proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hìc manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l.* 2. §. *tua & mea.* 4. *hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hìc fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cùm alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l.* 5. *C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod judicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit: cùm absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, *l. si mandavero.* 22. §. 2. *l. si mandati.* 45. §. *pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. ***Aliena tantùm causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.***

NOTÆ.

3. *Aliena tantùm causa*] Particula taxativa *tantùm* & apud Cajum bis expressa est, *d. l.* 2. *pr.* & §. 2. eamque & Theoph. agnoscit ut miruum sit, Hotomannum & Pac. censere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres, &c.] In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post

post facto ut intersit fieri potest: nempe cùm ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum, *l.* 28. *de neg. gest.* Non obstat igitur *l.* 8. §. 6. *h. t.*

Commentarius.

1 *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur?*

2 *Earum difficultatum remotio.*

Afferuntur hic ex Cajo *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantùm gratia interpositi: quæ species difficultate
1 non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei, cujus intersit, *l. qui fundum.* 32. *locat.* §. *alteri.* 18. *sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l.* 8. § *mandati.* 6. *hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cùm cœpit interesse ejus, qui mandavit: cæterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, dumtaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari. *d.* §. *alteri.* 18. *l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit.
2 Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantùm gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cùm ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum gestorum *l. si quis.* 28. *de neg. gest.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cùm mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus, (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne,) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l.* 6. §. *si tibi.* 4. *hoc tit.* Quod verò apud Ulpian. *d. l.* 6. §. *planè.* 5. traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantùm interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. si hæreditatem.* 32. *in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quàm illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis: dixi autem, aliena tantùm gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis; vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l.* 6. §. 4. & respuere videtur particula taxativa *tantùm*, quæ bis etiam apud Cajum expressa est, *d. l.* 2. *pr.* & §. 7. ut miter, Hotomannum & Pacium censuisse delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet. Vinn. Rectè nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii, in primis Mareilius ad *h.* §. faciunt. Omnino enim interest mandatoris, etiamsi aliena tantum gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen est periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit exsequutus. Vid. *l.* 48. §. 1. *ff. mand.*

Textus.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

Commentarius.

Exempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

Textus.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum.*

Commentarius.

Exemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est *d. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eamdem dubitationem, quam habet tertia superius proposita. §. *aliena.* 3. ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

Textus.

Si mandatarii.

6. *Tua tantùm gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloces, quàm fœneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas*

fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, qui mandabatur, cùm liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset.

NOTÆ.

6. *Si otiosam pecuniam*] Id est, sterilem, *l. 7. de usur.* seu vacuam, *l. 28. depos. l. 24. de præscr. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l. 23. §. 1. de usur.*

Ut pecuniam Titio fœnerares] Cùm demonstratur persona, mandatum est, cùm indefinitè mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quid differat à consilio?*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio* l. 6. §. 5. hoc tit.
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.*

1 QUod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quàm mandatum est. Differt enim mandatum à consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat; consilium non est. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysostom. *de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν προκειμένων αἱρέσεως, ὁ δὲ ἂν ποιεῖται τοῦ συμβουλεῦσαι. Proinde cùm in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quàm mandari videtur negotium, quod eum tantùm, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult. eod. l. 6.*
2 *§. planè. 5. l. Quintus. 48. §. ult. eod.* Planè potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *l. si hæreditatem. 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, cavitque insuper damnum præstari, cùm aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur] Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: cùm liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec ne, sibi, consilium sequi, *d. l. 2. §. ult.* Cæterum hoc ita, si à consilio 3
absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii. 47. de reg. jur. fac. l. 8. l. si legatarius. 23. l. cum quis. 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum, fidem tamen præstare debet, & si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum epist. 8. Qui consilium dat*, inquit, *fidem præstare tenetur*; sed fidem tantùm. Nam, ut idem alibi, *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud Ulpiani: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si forte res secius, quàm illi existimassent caderet, his fere verbis: τοὺς δ᾽ ἁμαρτάνοντας μὴ ἀτιμάσῃς τινὶ, μηδ᾽ αἰτιάσῃ. τὸ γὰρ ἐκβὰν οὐκ αὐτοῖς δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ᾽ ἐκ δυστυχίας μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras parit, ἐνεργὰ χρήματα. Demosth. *advers. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres, &c.]
Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne 4
sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l. 6. §. planè. 5. hoc tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatu meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quàm verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cùm semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in *l. si hæreditatem. 32. hoc tit. & simil.* VINN. At manifestum est Ulp. in *l. 6. §. 5. ff. h. t.* loqui de mandato, quod nec mandantis, nec mandatarii, sed aliena gratia interponitur. Si enim nunc res male cedit, mandati actio contraria datur,

tur, quia mandantis fidem fequutus eft mandatarius, *non facturus, nisi ille mandasset*. Quare non quadrat huic legi exemplum in *l.* 32. *h. t.* ubi de mandato mea & tua gratia interposito agitur: idque etiam agnovit V. C. Ger. Noodt *Probabil. Lib.* 4. *cap.* 12. *§.* 6. *p.* 86. *seqq. Tom. I. Op.* HEIN.

Ut pecuniam Titio fœnerares] Aliud eft, verbis generalibus quid confulere aut fuadere alicui puta verbi caufa, ut pecuniam fœneret fimpliciter; aliud cum defignatione certæ perfonæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri confilii eft, quoniam hic res tota arbitrio confultoris relinquitur, id eft, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, fi minus idoneo crediderit, de fe queri, fibique hoc imputare debet; confiliarius autem, fi fraus non interceffit, excufandus: Pofterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem fuam pro perfona defignata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius fequi, aliter non crediturus. Itaque fi, cùm Titius verbi gratia pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem fuam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejufforem, quod fufpectæ mihi effent facultates ejus, tu confuluifti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum effe affirmans: hoc confilium tuum inftar mandati eft, atque ex eo, fi quid fecus mihi evenerit, teneri te eft æquiffimum, propterea quod tuam hortantis & fuadentis fidem fecutus fum omnino, teque fuafore & impulfore feci, quod alias nunquam feciffem: quamvis ut facerem tua non interfuit.

5 Ait Juftinianus, quæfitum effe, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares*? At hoc veri mandati exemplum eft, ejus fcilicet, quod mandatarii & fimul aliena gratia interponitur: idem enim valent, five mandem tibi, ut pecuniam fub ufuris Titio credas, five ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium eft: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quàm de eo, quod aliena tantùm caufa intercedit, veluti fi tibi mandem, ut pecuniam Titio credas fine ufuris, §. *præced.* junct. §. 3. *sup. eod. l.* 2. §. 2.

6 *& pen. eod.* Quamobrem fufpicor, Juftinianum abufum verbo mandandi pro confulendi aut hortandi, quo paulo ante ufus eft, dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & fponte fua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ perfonæ credat, fed qui aditus & rogatus tale confilium dedit, hortatufque confultorem eft, ut faceret, citra animum fe obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem: quam tamen ex bono & æquo dandam fecundum Sabini fententiam placuerit. Planè qui fimpliciter affirmavit, idoneum effe eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut confilio de credendo, mandati non tenetur, *l.* 2. *de proxenet. l.* 7. §. *ult. de dol.* & ibi Coftal. Gom. 2. *resol.* 13. *num.* 5.

Vinnius in Institut.

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. Illud quoque mandatum non eft obligatorium, quod contra bonos mores eft: veluti fi Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam iftius facti nomine præftiteris, non tamen ullam habes adverfus Titium actionem.

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhoneftæ nullam effe actionem, quamvis nihil flagitiofi habeat.*

2 *Ex delicto tam mandantem, immo & confilium dantem obligari, quàm mandatarium.*

3 *An qui mandavit hominem vulnerari, fi occifus fit, teneatur pœna homicidii? remiffive.*

MAteria feu objectum mandati funt res licitæ & honeftæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in univerfum ex ullo contractu obligatio eft, *l.* 6. §. 3. *hoc tit. l. nec prætermittendum.* 57. *pro soc. l. generaliter.* 26. *cum seq. l. fi flagitii.* 123. *de verb. obl.* Itaque fi quis ædem facram fpoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. fufcepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impenfas, in quas propter vulnus condemnatus eft, in fummam nihil mandati judicio confequi poteft, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præftat, *l. fi mandavero.* 22. §. *qui ædem.* 6. *hoc tit.* Sed & fi nihil flagitiofi mandatur, fi tamen alias, quod mandatur inhoneftum fit, nulla ex eo mandati actio eft; veluti fi adolefcens luxuriofus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu fciens mandatum fufceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, fi mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia fimile eft, ac fi perdituro credideris, & adverfus bonam fidem, *l.* 12. §. *fi adolefcens.* 11. *eod. l.* 8. *pro empt.* Planè fi Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etfi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandafti, excufat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipfis fervis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignofcitur, *l.* 11. §. *an ignofcitur.* 7. *quod vi aut clam. l. fervus.* 20. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. *de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam fuftineas, *arg. l. nihil intereft.* 15. §. 1. *ad leg. Corn. de ficar. l.* 11. §. 3. *de injur. l.* 5. *C. de accuf. l. pen. C. fi reus vel accuf. mort.* add. Clar. *lib.* 5. §. *fin. q.* 89. & ibi cit. cum citatis apud Baptift. Bajard. *in annot.* Sed & confilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis fententia eft: utique fi

Ccc 3 datum

datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset. Clar. *d. §. fin. q.* 89. Covar. *in Clem. si furiosus. part.* 2. *§.* 1. *de homicid.* Menoch *arb. jud. cas.* 351. Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantùm, si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur? Vid. Clar. *d. q.* 89. *n.* 4. Menoch. *arb. jud. cas.* 351. *n.* 2. Covar. *ind Clement. p.* 2. *§.* 1. *n.* 3. Fachin. 1. *cont.* 36. Christin. *vol.* 3. *dec.* 49. ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. Covar. *d. Clement. princ. part.* 2. *n.* 9. *vers.* 6. Menoch. *arb. jud. cas.* 352. *n.* 6. Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes; neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1 *Fines mandati, qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum a populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur?*
3 *Qui color Sabini & Cassii sententiæ his relatæ prætexatur?*
4 *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impenait, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

1 LOcus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quàm quod ei mandatum est: alioqui tamquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest.* 41. *h. t.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris, quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l.* 5. *§.* 2. *eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatu meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l.* 5. *§.* 3. Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque purè fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero.* 22. *eod.* Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: cum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l.* 5. *in pr.* Planè in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδύναμον, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult. §. ult. eod.* Hic introduci potest 2
quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit utiliora fore? quam quæstionem problematicè tractat Agellius 1 *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus vel maximè locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato, respondeat, ut ait Agell. *d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, putæ vel temporis, ne, dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui missus in Olynthios injussu reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit, Xenoph. *lib* 5. *hist Græc.* forte & ingenium ejus qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæs. *comment. lib.* 3. *cap.* 51. Sed de hoc

fusius

fusius scriptores politici. Vid. Besold. *de legat. c. ult. & ibi citat.* & ***, ***, Giphan. *in præfat. comm. de Imp. Iust.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.] Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quàm quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati? Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cùm ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio
3 placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantùm agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quàm quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandati enim cum illo actionem non esse, *l. 3. in fin. hoc tit.* VINN. Rectè Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ, *l. 2. §. 1. ff. de V. O.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exsequutus est mandatum, sed plane aliud quid egit, *l. 5. pr. & l. 33. ff. h. t.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN. Sed
4 Nervæ & Proculo contra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium rectè agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cùm utique majori summæ semper insit & minor, *l. 1. §. si stipulanti. 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult.* junct. *l. 4. l. rogatus. 33. h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum, obscuriusculè à Paulo propositum *d. l. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit, & ideo nec esse debere cum illo; apertè falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cùm tu pluris fundum emisti, quàm ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cùm de centum tantùm mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum expetiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis, reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum dumtaxat restituturo, ad quam usque summam ut emeret, tantùm mandaveram. In hac eadem 5
specie de mandatario quæsitum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tamquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis? Visum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynf. & Bronch. 1. *miscell. 66. arg. l. 2. l. quæ utiliter. 45. de neg. gest.* Sed rectius id mihi negare videntur Joan. Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *l. ult. C. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi: quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l liberto. 21. §. libertos. 4. de neg. gest.* Et verò si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum in *d. l. 4.* aut Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium dumtaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurri potest. Prætexitur 6
æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est, eum quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris; & hic non potest quidem mandator ultro

conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defenderetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et siquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea daturum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est, ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *l. 12. in fin. de solut. l. semper. 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem. x. eod. in 6.* Si verò pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. *hic* citato Salicceto, ad eumdem modum distinguente in *l. 3. hoc tit.*

Quod si minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum, quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, ὅτι ἄλλου τετύχηκε. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, *d. l. 5. §. 3. l. cum mandati. 12. C. eod.* Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

Textus.

De revocatione mandati.

9. *Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

Commentarius.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare?*

Mandatum itidem, ut societas, non tantùm solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum: quos modo ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut *tit. prac.* perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur: duo, quibus ex persona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius, & renunciatio.

1 *Si, dum adhuc res integra, revocatum.*] Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit.* videtur esse præter regulam, traditam in *l. 5. C. de obl. & act.* neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter. 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantùm expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

Textus.

De morte.

10. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cùm alioqui strictâ juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.*

Notæ.

10. *Libera ejus*] Non stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, διὰ τὸ φιλάγαθον, id est, *propter utilitatem*, sed ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depos. l. 18. l. 51. de solut.*

Commentarius.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte tam mandantis, quàm mandatarii extinguatur: & cur id visum?*

2 An

2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cùm mandavit quid fieri post mortem suam?*

3 *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenerit?*

4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus?*

5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

ETiam morte, tam mandantis, quàm mandatarii, mandatum extinguitur, *l. inter. 26 &*
1 *l seq. §. 3. l. mandatum. 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de solut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacitè continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in *cap. ult. x°. de off. de leg.* significatur in *d. l. mandatum. 57. hoc tit.* explicatur in *l. 9. de curat. furt.* Cic. *pro Rosc. Comœd. cap. 39. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.* Itaque cùm præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, *l. 8. §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *d. l. inter. 26. & arg. l. seq. §. 3. h. t.* Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest,
2 præstet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam? Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat; veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *l. ult. de solut.* cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille suscepit, exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis 27. §. 3. l. mandatum. 57. hoc tit.* VINN. Atqui in *l. 14. §. 2. ff. de religios.* non datur actio mandati, quod factum oporteret, si mandatum morte non extinctum fuisset; sed actio de dolo. Doli enim reus erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato
do ut facias. HEIN. Cur verò in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sanè quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc liberè perfici possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *l. inter. 26. fac. d. l. mandatum. 57. & l. seq. eod.* Ut ecce, actio mandati statim competit, cùm cœpit interesse, *l. 8. §. mandati. 6. eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cùm jam ille eamdem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cùm res non ampliùs integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.* 3

Tu ignorans eum decessisse executus fueris] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & 4
ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo, placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter. 26. l. si præcedenti. 58. hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, *l. si fidejussor. 29. §. quædam 4. eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit *l. mandatum 57. eod.* nam & alias, cùm de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* Illud hìc quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id rectè absolvatur, vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius? In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin verò connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, immo incumbat, *arg. l. 5. § si tutor. 5. l. tutorem. 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. & rat. distr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. C. arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque

atque in proposito ne juris quidem, per *l. mandatum. 57. hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

5 *Huic simile est*] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cùm alii solverint, quàm cui oporterat, *l. 11. in fin. depos. l. penult. de reb. cred. l. si quis. 18. l. dispensatori. 51. de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. de reb. cred. d. l. 18. de solut. 2.* qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *fac. l. qui hominem. 34. §. 3. de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacitè mandatum revocare. Est verò liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, *l. 12. §. 1. d. l. 18. d. l. qui hominem. 34. §. 3. de sol.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renunciatione? & quid si intempestivè renunciatio facta?*
2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?*
3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renunciaverit, aut non tempestivè.*

PRoponitur hîc & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renunciatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renunciatione
1 mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quàm invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore. 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quàm sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renunciet, *l. si mandavero. 22. §. ult. l. si quis. 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur *l. 5. C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quàm primum renunciandum] *dict. l. 22. §. ult. d. l. 27. §. 2.* Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cùm primum poterit, renunciet. Renunciatio aut tempestivè fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eamdem rem æquè commodè explicandi; aut intempestivè, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se, neque per alium idem negotium expedire potest. Renunciatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva verò mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcisè impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse, *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. si quis. 13. §. 1. de re judic. §. ult. sup. de verb. obl.* Circa obligationem 2 mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat? Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundum definitionem *l. 5. §. 2. commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expressè traditum est, mandatarium non tantùm de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. procuratorem. 11. C. eod. l. contractus. 23 de reg. jur. Modestin. in coll. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* Certum autem est, verbo culpæ absolutè posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim disertè scriptum est in *l. à procuratore. 13. C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino, cap. 38.* ubi de judicio mandati disserens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo maliciosius, verùm etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quàm in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cùm in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat, diligen-

gentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est dumtaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quàm quod offerendo se, de diligentia sua promittere videatur, *l. 1. §. sæpe. 35. depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *l. 5. §. 2. in fin.* junct. §. *interdum. 10. & l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus dumtaxat, & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profectò talis distinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hìc commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum, etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, §. *sua tantum. 6. hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re. 21. C. hoc tit.* ut proinde cùm de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantùm considerari debeat ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *d. l. in re. 21. & passim in hoc arg.* Planè in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum culpa aut fraude carere sufficit, *l. 8. § ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.*

Justa causa intercesserit, &c.] Hoc admisso renunciatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi, excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. Justa non renun-
3 ciandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porro præstet. Non tempestivè renunciandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestivè renunciare non potuerit, *l. sanè. 23. l. 24. & l. seq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS.

MAndatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hìc, & *l. 1. §. pen. eod.* & cùm mandati obligatio merè à consensu pendeat, potest per nuntium quoque vel per epistolam mandatum fieri ac suscipi, *d. l. 1. pr. & §. 1.* sed hæc, & alia id genus, *sub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et, (ut generaliter dicamus,) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, &c. operam gratis suscipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *l. 1. §. ult. l. ita ut. 36. §. 1. h. t.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. Enim verò 1
gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *l. 6. pr. eod.* ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *l. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod. l. 9 in honorariis. 10. de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56. § pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi

tioni operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi verò honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, *d. l. 6. in pr.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l. 7. l. qui mutuum. 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persequutio est: in tantùm ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum. 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* sed hoc forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causâ operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certè hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleveren dedeclaratie van hare besoigne, conform de instructie van de hoven ende lage vierscharen*) petere salarium quamtumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *quæst.* 67. Papon. *lib. 6. tit. 12. arrest.* 12. Garz. *de expens. & mel. cap.* 20. *num.* 15. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cùm advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tamquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, *l. 7. hoc tit. l. si contra. 10. C. eodem. l. sumptus. 53. de pact. l. 1. §. si cui. 12. de extra. cogn.* Don. *post alios, in d. l. si contra.* 20.

2

Mercede constituta incipit locatio esse] Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse; & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus innominatus. *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* 3

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.] Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expressè susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, *l. si tibi. 22. de præscript. verb. §. 1. sup. de locat.* Bachov. ubi Cajus scribit, cùm gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cùm mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est, præscriptis verbis detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cùm fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, *fac. §. 1. sup. de locat.* 4

TITULUS VIGESIMUSOCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.*
5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit?*

Expositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita *§. ult. sup. de obligat.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem rectè dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cùm citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cùm dico citra conventionem: nam ex 1

ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cùm dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l. 5. de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt
3 qui etiam ex conventione hìc obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacitè seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quàm verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacitè inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. semper. 34. de reg. jur.* Ita societas tacitè contrahi potest, *l. 4. pro socio*, item mandatum, *l. 6. § 2. l. qui patitur. 18. mand.* locatio conductio, *l. 13. §. ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hìc vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *l. 1. §. 1. de pact.* hìc autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, *§. 1. inf. hoc tit. l. 2. de neg. gest.* adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. 5. & fi. 5. d. tit. l. furiosus. 46. de obl. & act.* Postremo nusquam prodirum est, ullum consensum hìc vel tacitè intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l. 46.* in eam nos incidere, *l. heredes. 25. § non tantùm. 16. fam. erc.* utilitatis causa introductam esse, *l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.* Planè si quis tacitum appel-
4 let, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex cau. in poss l. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acu tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quasi contractum ex consensu ficto vel præsumpto nasci. Hinc commodissime definietur quasi contractus, quod sit *factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto*. Si definitionem Justiniani, quam in *pr. h. t.* tradidit, sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus; & generatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe, quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quasi contractus? HEIN. Factum, unde hìc obligatio nascitur, cum interpretibus, contempta quorumdam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hìc loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, *l. 32. §. pen. de don. int. vir. & ux.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, *§. 1. inf. de act. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolutè contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib ca. pign.* largo scilicet modo, & per abusionem, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex ca. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hìc recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1. *Igitur cùm quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

No-

NOTÆ.

1. *Absentis*] Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactissimam diligentiam] Fac. *l. 21. C. mandat. l. 25. §. 16. fam. erc. l. 24. C. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantùm si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est, cur levius obligetur, quàm depositarius, qui ultro se deposito obtulit, *l. 1. §. 35. depos.*

Nec sufficit talem, &c.] His verbis perspicuè significatur, etiam culpam levissimam à gestore præstari, *arg. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantùm latere sunt obligatoria.*
2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque contineat?*
3 *Doline tantùm, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur? accuratiùs, quàm vulgo.*

PRima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo *l. 5. de obl. & act.* Ait, *cùm quis negotia absentis gesserit*. Videlicet sine mandato, aut ignorantis: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si verò sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare. nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de negot. gest.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione *§. 2. sup. quib. mod. re contr. obl.* esse quosdam contractus, qui ex uno tantùm latere obligant, quosdam, qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantùm, nec semper uterque obligetur. 1 Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur: sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam; si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur, & directo, ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato. 17 §. 1. commod.* quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa, qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria. 2

Adversus eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *l. nam & Servius. 21. §. 2. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *l. 2. eod.* exempla sume ex *l. 8. §. 1. l. si quis. 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *l. 11. eod.* In non gesto non tantùm damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *l. 6 §. ult. l. 7. l. divortio. 35. eodem.*

Negotiorum gestori contraria] Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est; nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias consequi potuisset; & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis. 28. de neg. gest. l. ob negotium. 18. C. eod.*

Subita festinatione coacti] Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo. de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum] Cujacius, Hotomannus, Vvesembecius legunt; *habet obligatum dominum negotiorum*. Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

Ad exactissimam diligentiam] Secundùm regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum gestore exigendum videtur, quàm à depositario, nimirum ut dolum præstet dumtaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximum; quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quàm depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantùm nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori. 20. C. eod.* 3

l. con-

l. contractus. 23. de reg. jur. Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. præc. tit.* monui, regula de dolo dumtaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cùm quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantùm eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam à gestore præstandam esse, cùm eadem planè præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sanè etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. §. 2. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscurè indicat *l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. fam. erc.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quàm rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat; quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, tam ad negotiorum gestorem, quàm mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quàm ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est, cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quàm depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut disertè scriptum est in *l. 1. §. sæpe. 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immisceat, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque id fit, doli tantùm nomine gestorem teneri placet, *l. 3. §. interdum. 9. de neg. gest.* sed sæpe homines præproperè se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *l. culpa. 36. de reg. jur.* ut vel maximè absentium utilitas in eo vertatur, ut quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administratione omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *post Gloss. hic.* statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cùm alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci, qui descriptionem quamdam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur; *arg. §. 2. sup. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act.* add. Paul. *1. sent. 4. l. 24. C. de usur.* VINN. Aliquando & casum præstat negotiorum gestor, si vel tale negotium susceperit, quod gerere non solebat dominus, *l. 11. ff. de neg. gest.* vel casui caussam & occasionem dederit, §. 2. *Inst. quib. mod. re obl. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam dumtaxat præstat: puta si quis affectione ductus, ne bona absentis distrahantur, se negotiis ejus obtulerit, *l. 3. §. 9. ff. de neg. gest.* HEIN.

TEXTUS.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem; sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantùm dolum, sed etiam culpam præstare.*
2 *Cur levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet?*

SEcunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, *l. 5. §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *l. 4 de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quàm gesti, atque ut reliqua inferat, *l. 1. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. si tut. vel cur. non gess.* Et
quamvis in administratione tutelæ nulla verse- 1
tur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in
rebus pupilli non tantùm dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *l. contractus.*

23. *de*

23. *de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constitui suasit. Quicquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpâ, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cùm conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor. 18. de tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. si tutori. 23. C. de adm. tut. l. 3.*
2 *C. de peric. tut.* Enim verò quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quàm quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet dumtaxat, non etiam levissimam, *d. l. 1. de tut. & rat. dist. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus. 33. pr. de adm. tut.* Frustra verò ex *l. 4. C. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Pet. Fab. *ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur. *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt. *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. arbitr. tut. cum similib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.*

NOTÆ.

3. *Sine societate*] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cùm ex societate res communis est, *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo est, ut res dividantur, & à communione recedatur, *§. 4. & 5. infr. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. d. tit.* lucri, ut in *l. 3. C. eod. § 4. inf. de off. jud.* damni, ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod socius ejus solus] Observat, socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

4. *Qui cohæredi familiæ ercisc*] Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio eum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. div.*

COMMENTARIUS.

1 *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat?*
2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

Tertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum 1
communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eamdem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hîc obligatio est, quod consors, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maximè agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, à communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, *l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* discedatur, *l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. quædam. 20. inf. de act.* Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur *§. 4. & seqq. inf. de offic. jud.* Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, *l. 3. comm. div.* Lucri, ut, si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut, si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque sarciat, *l. 16. §. pen. l. hæredes. 25. §. non tantùm. 16. & §. item culpæ. 18. l. inter cohæredes. 44. §. quod ex fact. 5. fam. erc.* Culpa autē non 2
ad exactissimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cū alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quàm qualem suis rebus adhibere consuevit, *d. l. hæredes. 25. §. non tantùm. 16.* Impensarum, ut, si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse ha-

habuit facere, ei à cæteris per rata refundantur, *hoc text. l. 18. §. 3. d. l. hæredes. 15. §. idem juris. 13. & seqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditatis, communi dividundo, *tit. ff. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

5. *Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest,) & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

5. *Heres quoque*] Ex Cajo *l. 5. §. 2. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem propriè quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta species contractus, aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quàm manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cùm quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 3. §. ult. & l. seq. quib. ex ca. in poss.*

1 *Legatorum nomine*] Hæres tunc propriè quasi ex contractu obligatur, cùm non alia obligationis causa est, quàm agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantùm tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis, *d. l. 5. §. 2. de obl. & act. & hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit, *vid. sup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis verò non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, *l. hæreditarium. 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est: eædemque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, *l. un. §. pro secund. 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.*

NOTÆ.

6. *Cui quis per errorem*] Facti quidem etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est, *arg. l. 7. de cond. ca dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.*

Quasi ex contractu] Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hìc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur] *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono scilicet, & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cùm stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem *l. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis sciens indebitum recipit, furti obstringatur?*
2 *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?*
3 *An ejus, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit?*
4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod

sup. §. 1. *quibusmod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cùm illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacitè significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo *l.* 5 §. *is quoque.* 3. *de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeò repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l.* 1. *l. si non sortem.* 26. §. 2. & 3. *h. t. de cond. ind. l.* 9. *C. eod. l. cujus.* 53. *de reg. jur.* junct. *l. quod quis.* 50. *hoc tit.* Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l.* 2. *eod.* Si verò simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in ff. & *C. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l.* 5. §. 3. *de obl. & act.* traditum est: quàm rectè, videbimus postea. In accipiente
1 nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam.* 18. *de cond. furt. l. falsus.* 43. *in pr. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg. d. l. falsus.* 43. Costal. post Batt. *ad d. l. quoniam.* 18.

2 *Cui quis per errorem indebitum solvit*] Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur; ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantùm? Si tantùm jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet, locum esse repetitioni, *l. si non sortem.* 26 §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his omnibus.* 54. *hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantùm verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l.* 3. §. 1. *de const. pec. l. nihil.* 112. *de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l.* 10 *de obl. & act. l.* 16. §. *naturales.* 4. *de fidejuss. l.* 3. §. *ult. quod quisque jur. l.* 13. *l.* 19. *hoc tit.* Et verò cùm etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l.* 6. *de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l.* 60. *hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filiusfam. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit, non repetit: quoniam naturalis obligatio manet, *l.* 10. *de sen. Maced.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *l.* 40. *hoc tit. l.* 9. *in fin. de senat. Maced.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d. l.* 60. Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num.* 3. *in fin.* Enim verò naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, *l.* 16. §. 1. *ad senat. Vell.* prodigi promittentis, *l.* 6. *de verb. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l.* 9. *C. ad senat. Vell. l.* 41. *hoc tit. l.* 6. *de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l.* 9. *C. ad leg. Falcid. l.* 7. *C. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cùm factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cùm factum scitur, sed quid jus hic tribuat, ignoratur, *l.* 1. *de jur. &*
fact. ign. Unde quæsitum est, quomodo acci- 3
piendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantùm, an etiam de errore juris. Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum D. Zas. *ad rubr. hoc tit. num.* 5. Sichard. *ad rubr. & l.* 1. *C. eod.* Vvesemb. *par. eod. num.* 9. Christin. *vol.* 3. *decis.* 8. *num.* 3. Bachov. *de act. disp.* 4. *thes.* 17. Joan. Arn. Corvin. *in Enchiridio, tit. quibus mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hæc condictio.* 66. *hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut

acci-

accidit in mere civili debito? Nam cùm tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quæcumque. 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss.* cùm prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit, se id pro debito non habere, per *l. 9. de jurejur.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui se debere. 7. de cond. ca. dat.* ubi disertè Julianus post Nervam & Atticinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cùm exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is. 32. §. 1. l. si fidejussor. 59. de cond. ind l. 5. C. eod. l. quæ fideicommissa. 79. de legat. 2.* & apertissimus in *l. 1. ut in poss. leg. in pr. fac. item l. mandatum. 57. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. ff. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantùm errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. l. si non sortem. 26. §. 3. & l. 24 eod.* tum ratio, ob quam placet, eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cujus. 53. de reg jur. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 8. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est, quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque verò de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit repetere; & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cùm id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod verò dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sanè casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce, cùm essem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq.* junct. *l. ult. de senat. Maced.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *l. 2. C. si adv. sol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l. 2. C. de fideicomm. l. in testamento. 38. de fideic. lib. l. 5. §. si quis. 15. de don. int. vir. & uxor.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantùm tribuitur; ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro, per *l. non debet. 41. §. 1. de reg. jur.* Vinn. Speciosa hæc: nec tamen solida. Regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, *l. 9 ff. de jur. & fact. ign.* Secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum si solverit, repetitionem non habere, eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, disertè dicitur in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad l. Aquil.* Quum vero minoribus & fœminis jus ignorare liceat, *l. 9. ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in solutione indebiti obtinet, *l. 9. C. ad SC. Vellej.* Jus quoque singulare est in *l. 1. ff ut in possess. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Observavit hoc rectè V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand.*

lib. 12. tit. 6. p. 298. ubi & ad *l. 7. & 8. ff. de jur. & facti ign.* respondit. HEIN.

4 *Magis ex distractu, quàm ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verùm extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quamdam contractus & negotii invicem gesti habet, *l. si in area. 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis. 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quàm locupletior factus est qui accepit, *l. si non sortem 26. §. libertus. 12. de cond. ind.* si verò ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset: quippe distractus & contractus nulla similitudo est; neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacitè inducitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cùm nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet, cum, cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu: quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem, qua se teneri falsò putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit, non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet: quamquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

7. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.*

NOTÆ.

7. *Repeti non potest*] Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando] Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act.* Paul. *1. sent. 19.*

Item ex legato] Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l. 1. §. 1. & seq. depos. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa, *l. 65. §. 1. de cond. ind.* aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l. 32. §. 2. eod.*

Non repetuntur] Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest, Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ex quibus lis per infitiationem crescit.*
2 *Cur ex his causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse?*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris?*

SUnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per infitiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius. 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. sed furti. 26. infr. de act.* Paul. *1. sent. 19.* Crescit hoc modo lis per infitiationem tribus 1 in causis, uno loco comprehensis à Justiniano *d. §. sed furti. 26.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius. 23. §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de hær. petit. l. 5. §. 2. de serv. corr.* Paul. *d. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *l. 1. §. 1. cum seqq. depos.* Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. sed furti. 26.* Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundum

dum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *l. 4. C. de cond. ind. & hoc text.*
2 Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet verò causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet forte non ab eo, qui conveniunt, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet forte minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod et-
3 iam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta à matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *l. cum is. 32. de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *l. in summa. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de transact.* Excipiunt & causam judicati; sed male, quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maximè debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest; ut mirum non sit, pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, vid. Cujac. *par. C. de cond. ind.* VINN. Magis expeditum est cessare condictionem indebiti in pœnis, *l. 42. ff. de cond. ind.* nec non in iis caussis, ex quibus recentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus. *l. 51. ff eod.* cujus rei exemplum est in *l. 33. eod.* HEIN.

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paul. 1. *sent.* 19. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicii testatoris, hæredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quàm qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio] Constitutione Justiniani, quæ extat in *l. 2. C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quod relinquitur Ecclesiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanottophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.
PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis.

HUc usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantùm per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eumdem modum, quo *sup. lib. 2.* disputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Vinnius in Institut.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod

ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

NOTÆ.

Quod autem per liberos] Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente] Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constitutus, *l. ult. §. 3. C. d. tit.*

Novellæ nostræ constitut.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per servos] Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet, *l. 1. & passim. de stip. serv. & sup. eodem tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio] Theophilus *διέκρινε, discrevit.* Intellige autem *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur *§. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ] Licet ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantùm ususfructus, quod minus est; placet tamen, solum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè absit, *l. ult. §. ubi autem. 3. C. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cùm Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

NOTÆ.

1. *Per liberos homines, &c.*] Vid. *sup. §. 4. per quas pers. cuiq. acq.*

2. *Vel usum*] Abest à vetustis codicibus teste Accurs. & delendum. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra. *l. 14. l. 16. §. 2. l. 20. de us. & habit.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur; cæterum duabus dumtaxat ex causis, ex operis eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub §. de iis autem. 4. sup. per quas pers. cuiq. acq.*

Vel usum] Has voces à vetustis quibusdam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sanè usuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quàm si operis ejus utamur in re nostra, *l. per servum. 14. l. si ita. 16. §. 2. l. servus. 20. de usu & habit.* vid. *sup. §. 3. eod. tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur,* Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res ex-*

pe-

pedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex §. *ult. sup. de stip. serv. & ibi notas.*

Post nostram decisionem] Est *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super re proposita controversiam decidens sic in summa cavet: Cùm unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quàm nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hìc nominatio plus valeat, quàm generalis jussio: cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS TRIGESIMUS.
QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. Tit. 2. 3. 4. C. Lib. 8. Tit. 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem tollatur obligatio?

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc subjungitur, quomodo rectè ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l. ficus. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ 30. inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *l. omnes. 17. de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati. 23. de verb. obl.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib. 4. tit. de excep.* Hic tantùm traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maximè celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.
De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur] Ipso scilicet jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de excep.*

Aliud pro alio] *l. 17. C. de solut.* Invito autem creditori aliud pro alio solvi non potest, *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, arg. *l. 1. de cont. empt. l. 65. §. 1. de verb. obl.* Sen. *6. de ben. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

Vel invito eo] *l. 23. l. 40. l. 53. de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l. 39. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quàm latè pateat, & quid in specie denotet?*
2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n. 8.*
3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita rectè præstetur?*
4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.*
5 *Confirmatur hæc sententia adversus opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*

6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*

7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando?*

9 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.*

10 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere? Et quid si alius pro emphyteuta velit canonē solvere, quo is pœnam commissi evitet?*

11 *Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem?*

T*Ollitur omnis obligatio solutione*] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex
1 quatuor hìc propositis, est solutio. Solutionis verbum generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quàm ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *l. solutionis. 54. de solut.* junct. *l. liberationis. 47. l. solutionis. 176. de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantùm tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ tùm præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo tum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum. 49. l. satisfactio. 52. l. prout. 80. &c. de solut. l. 9. § 3. de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *omnis obligatio*, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2 *Ejus quod debetur*] Rectè *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l. 2. §. 1. de reb cred. l. eum. 16. C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur, *l. qui res. 98. §. mihi. 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. creditorem. 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi. vid. *sup.*
3 *not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sanè nonnulli casus, quibus placet, debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram periit, *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendit, *l. si domus. 71. §. 3. de legat. 1.* similemque rationem habet species *l. non amplius. 26. §. 2. eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor, ut in casu *d. l. si domus. 71. §. 3. in fin.* At verò extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non rectè solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cùm solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6. §. 1. de re judic.* item in obligationibus faciendi: ubi si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, *l. stipulationes. 72.* junct. *l. si insulam. 84. de verb. oblig.* Ad hæc sciendum est, ad justam solutionem
requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod 4
debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, *l. prout. 80 de solut. l. nihil. 35. de reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam. 21. de rebus cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam &
explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra 5
quàm existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse hujus oblationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam verò constat, non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quàm obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, *l. creditorem. 99. de solut.* Consentit auctoritas Modestini *l. intor. 41. §. 1. de usur.* ubi disertè Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expressè cautum sit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum est, solvere, ut in specie *l. lecta. 40. de reb. cred.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l. 9. C. de solut.* obsignatione totius debiti solemniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore

libe-

libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l. 4. §. 6. de statutib.* & quod in caussis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, dum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult. C. de collat. fund. patrim. lib. 11.* Non
6 adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compens. l. 7. C. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compens. l. 4. l. 11. & seq. ff. eod.* Neque textus in *l. ult. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis caussis obligato, atque ex una earum solidum, quod debet, offerente: nos verò quærimus de uno debito & ex una caussa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in fine §. 1. *h. t.* id quod debetur, pro parte rectè solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittat: ut & illud, quod traditur *l. 1. §. 1. de verb. oblig.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit: ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. quidem. 21. de reb. cred.* quo præcipuè movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cùm Jurisconsultus certum tantùm casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cùm debitor de reliquo, quod an debeatur, non appatet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia
7 est *l. 8. si pa s hær. pet.* Illud in confesso, nec parte à volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solùm natura rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, *l. 9. §. 1. l. si is cui. 94. princ. de solut. l. 2. §. 1. de verb. obl.* Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæ tres; obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc apertè efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta injutia stipulatoris constitui potest, *l. 5. §. ult. de verb. obl.* add. *l. in executione. 85. eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem, ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, *d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de solut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem. 17. de accept. d. l. 2. §. 3. de verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem rectè solvatur, dixi sub §. 2. *sup. de verb. obl.*

Consentiente creditore] Creditore consentiente 8
etiam res alia pro alia rectè solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quàm si eadem res soluta esset, *l. manifesti. 17. C. de solut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, *l. satisfactio. 52. de solut.* Enim verò ita demum hìc nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio & manet pro solido, etiamsi pars tantùm evicta fuerit, *l. si quis aliam. 46. eod. tit.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. si rem meam. 20. l. cum quis. 38. §. 3. l. qui decem. 72. §. pen. eod.*

Nec interest quis solvat, &c.] Non tantùm debitor ipse rectè solvit; sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quàm si ipse solvisset, *l. manifesti. 17. C. de solut.* Quin- 9
immo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l. solutione. 23. l. si pro. 40. l. solvere. 53. eod.* idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. solvendo. 39. de neg. gest. d. l. solvere 53. de solut.* Neque obstat, quod traditur in *l. invito. 69. de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.* Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum. act. 3. scen. 2.*

Nullum beneficium

Esse duco, quod quoi facias, non places.

Item illud Senecæ *2. de benef. 19.* *Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Cassiod. *l. 5. epist. 39.* *Non est defensio, quæ præstatur invitis. Suspectum est, quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non est beneficium, quod præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Planè si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca *5. de benef. 20.* *Non est, inquit, dubium, quin beneficium sit, etiam invito prodesse.* Idem *lib. 6. c. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus; dum aut nescimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente] Et liberatur non

non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cùm creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur *l. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hìc quæritur, longè diversus scilicet cùm quis alii solvit, quàm cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus verò repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato. 20. §. 1. l. si pro. 40. mand. l. ult. C. de neg. gest.*

10 *Ignorante debitore vel invito*] Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minimè, quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcisè creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hìc facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, *l. 9. C. de solut.* Planè si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusante audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, *l. lex vectigali. 31. de pigner.*) *argum. l. 12. §. 2. vers. non solum, de usufr. & d. l. 31. de pignor.* simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. solvendo. 39. de neg. gest.* Ita sentio cum D. Tuld. *comm. hic. c. 1.* Planè, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit. Adi Jas. *in l. 2. C. de jur. emph. col. 20. q. 25.* Tiraq. *de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19.* add. D. Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13. n. 3. & in Treutl. vol. 2. disp. 29. thes. 3.*

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in omnibus. 43. de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque mo- 11
do reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso itidem jure. De quo genere liberationis hìc agitur. Interprêtes vulgo id quidem admittunt, cùm fidejussor expressè se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere, & defendi dumtaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus. 28. mandat.* Ego verò cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet: ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Ant. Fab. *C. suo defin. 17. de fideiuss.* Mandati verò alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expressè nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor; & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *d. l. 28. mandat. l. Stichum. 95. §. propen. de solut.* quod secus est, si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejussoribus. 17. l. cum is. 36. l. ut fidejussor. 39. de fidejuss. l. Modestinus. 76. de solut. cum similibus.* Vid. *sup. §. si plures. 4. de fidejuss.*

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere:* Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? *& Titius respondeat,* Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem*

alia

aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte rectè solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

NOTÆ.

1. *Per acceptilationem*] Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, se acceptum ferre. Definitio Modest. *l. 1. de accept.* obscurior est.

Consentaneum visum est] *l. 80. de solut. l. 35. de reg. jur.* Planè si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, *d. l. 8. pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur Modestiniana acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri rectè dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num. 7.*
5 *In forma acceptilationis quæ consideranda?*
6 *Materia seu objectum.*

Etiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio,
1 *l. 1. de accept.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sanè immeritò. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor dumtaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantùm, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obstare, quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ tam sequitur, significatur, *l. 5. l. 15. de transact. l. 3. C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujac. *5. obs. 36.* Hotom. *3. obs. 18.* Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Jurisconsultum abusivè mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tamquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exordio tractationis de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur & tam simplicem, quàm eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passivè in persona utriusque accipi debet, sed passivè in persona debitoris, activè in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu, quo debitor 2
nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est, Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de accept.* qualia vereribus promiscuè usurpata sunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere*, *l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & deinceps*, §§. *& ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu; fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia verè soluta sit, *l. si accepto. 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio 3
nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis; quibus stipulatio duplex est, una obligatoria, altera liberatoria. (D Tuld. dissolutoriam vocat) arg. *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* Sed neque veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti in *d. l. 27. §. 2.* *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est.* Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cùm de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & pass. de novat.* ita & D. Cujac. in *d. l. 27. §. 2. de pact.* VINN. Sed ego nihil caussæ video, cur acceptilatio stipulatio dici nequeat, sive finem, sive originem, sive formam spectes, rectè hoc nomen ferer. Finis est, ut caveamus nobis, vel ut securiores simus de promissione alterius, *l. 1. §. 4. ff. de stip. prær.* Hic verò alter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus solemni interrogatione utimur. Origo vocis stipulatio à *stipulo*, id est, firmo non abludit à fine accepti-

ptilationis: nec forma hìc alia quàm in stipulatione, nempe interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sanè in Glossariis vetustis ideo vocatur ἐπερώτησις vel ὁμολογία ἡ ἀπὸ ἐρωτήσεως. Adde Sen. *de Benef. lib. III. c. 15.* Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum non ad liberandum sit comparata. Quasi enim, qui liberationem promittit, non sese obliget ad non petendum. Et quomodo dici potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi, quo contrahebatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

4 *Imaginaria solutio*] Solutio naturaliter obligationem resolvir; acceprilario civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & velut solvisse videri, cui accepto latum est, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quàm ipse creditor debitorem liberat, *l. 12. l. 14. §. 2. de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At verò acceptilatione nemo debitorem liberare potest, prætetquam ipse creditor, nemo liberari, nisi ipse debitor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. §. tutor. 10. l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo. 123.* junct. *l. actus. 77. de reg. jur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens, domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor.* 10. & cave aliud colligas ex *l. 3. eod.* Cujac. 15. *obs.* 16.

5 *Græcè potest fieri*] Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari potuit: sed postquam utilitatis causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus rectè interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto*, inquit, *& Græcè posse acceptum fieri*, ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubiè exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantùm verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quàm Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Planè quod in diem aut sub condirione debetur, purè acceptum ferri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacitè insint, ac proinde non prius valeat, quàm si conditio extiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ apertè comprehensa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l. actus. 77. de reg. jur. l. expressa. 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de accepil.*

Quæ verbis consistunt, non etiam cætera] Materia sive res, quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quàm quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. §. cum qui. 5. eod.* & hoc est, quod definitur in *l. 14. eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. D. Joan. Vvames. *cent. 1. cons. 73. n. 13.* Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l. 15. eod.* Secundo id debitum solùm acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cùm acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l. 8 § 3. eod. l. nihil. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de solut.* Planè si, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit. *l. si acceptilatio. 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem saltem

vim

vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediat, *l. 8. pr. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, obliquè tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis constans, mox verbis itidem dissolvatur; de quo mox plura.

Pro parte rectè solvitur] Intellige, consentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegesi *pr. hujus tit.*

Pro parte debiti acceptilatio fieri] Dum debi-
7 tum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *l. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, *l. qui hominem. 17. eodem.* quod in solutione contra est, *l. 2. §. 1. de ver. obl. l. 9. §. 1. de solut.* discriminis rationem superius indicavi. Illud monere planè supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii, acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. l. 13. §. 1. de acceptil.*

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est:* Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve aut sub conditione: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Augerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

C. Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *lib. 3. de Nat. cap. 30.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus. 29. de lib. & posth.* stipulationum formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes] Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de transact. l. 3. l. 4. C. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habeant, quam stipulatio.

Ita composita est] Exhibetur hìc ex Florentino *l. 18. §. 1. hoc tit.* formula stipulationis novantis, uti ab Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacumque causa] Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l. 9. de reb. cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui, ire agere, dare legare* &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

Oportet, oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione] Verbo *oportet* præsens tantùm debitum demonstratur, *l. stipulatus. 76. §. 1. de verb. obl.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur: utrumque enim comprehendit, *l. 8. de verb. sign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, *l. 37. de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ. 178. §. 2. de verb. sign.* Sensus ergo est, quicquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cùm suum cujusque sit, cujus vindicandi jus habet, *l. Quintus. 27. §. 2. de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides,] Tenere ad factum refert, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure possessionis & mera detentione, *l. habere. 188. de verb. sign. l. stipulatio.*

latio. 38. §. *hæc quoque.* 7. & 2. *seqq. de verb. obl.* quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.] Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus possideat, *l. parem.* 150. *l. ad ea.* 157. §. 1. *de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit,* ad reales actiones spectant, in quas non minus quàm in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinnius observavit. Quum itaque quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari nobis non possimus; §. 2. *Inst. de inut. stipul. l.* 82. *ff. de V. O.* callidè Aquilius æstimationem pro re stipulari nos jussit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 2. §. 6. legitur, Numidius) Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem, hoc reum significari consuevisse, jam ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. HEIN.

TEXTUS.

De novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si in eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cùm novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit, tunc solùm novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

NOTÆ.

3. *Novatione tollitur obligatio*] Sed ita, ut in locum sublatæ nova substituatur, *l.* 1. *de novat.* Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. & *pass. eodem.*

Inutilis sit] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l.* 26. §. 2. *mand.*

COMMENTARIUS.

1 *In novatione quæ necessaria, & an aliter, quàm per stipulationem præcedens obligatio novetur;*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria?*
5 *Quis effectus, si quis quod alius debet, à pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate: & cur diversum si à servo?*
6 *Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur?*
7 *Quid novi juris à Justiniano constitutum circa novationem? ubi multa notabilia.*

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur: sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, *l.* 1. *de novat.* Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. 6. 7. *l.* 11. & *pass. eod. l.* 1. *l.* 3. *l.* 7. *l. ult. C. eod. l.* 6. *C. si cert. pet.* Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria; obligatio 1 vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque est, aut quomodocumque contracta, verbis novari potest, *l.* 1. *l.* 2. *de novat.* nec metuendum hic est, ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. nihil.* 35. *de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l.* 8. §. 3. *ff. ad SC. Vell.* qualis est, cùm pro eo, quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, *l.* 17. *C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *d. l.* 1. *in fin.*

fin. de novat. de quo pluscula in explicatione
textus. Stipulationem cùm exigimus, hoc signi-
ficamus, sola stipulatione præcedentes obliga-
tiones novari, non etiam nudis pactis, ac ne
contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex
memoratis textibus apparet, & bene post alios
defendit Gœdd. *de contr. stip. c. 5. concl.* 8. *n.* 90.
& seqq. adversus Bartolum in *d. l.* 1. in con-
trarium adducentem *l. si mandatu.* 45. *§. ult. mand.*
Tantùm in contractibus, quæ solo consensu
perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consen-
sus contractum dissolvat, & alium ejusdem ge-
neris constituat, *l.* 7. *§. adeo.* 6. *de pact. l. pa-
cta.* 72. *de contr. empt.* Hodie sanè etiam sim-
plicibus pactis novationes fieri solent, adeoque
frequentius quam per stipulationem, utpote
cujus solemnitas pænè exolevit, ut post DD.
in *l. singularia.* 15. *de reb. cred.* tradunt Vve-
semb. *hic.* Gudelin. *lib.* 3. *de jur. noviss. c.* 12.
Præter hæc & animus novandi exigitur: nec
enim aliter fit novatio, quàm si hoc agatur,
ut prior obligatio novetur, *l.* 2. *in fin. l.* 6. *l.* 8.
§. 2. *& ult. l.* 28. *de novat. l.* 3. *C. eod.* de quo
2 item fusius postea. Effectus novationis est, ut
nova obligatione constituta prior perimatur,
d. l. 1. *eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda
omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul
evanescant: qualia sunt hæc: mora facta, pe-
riculum interitus rei debitæ, pœna veteri obli-
gatione promissa, usuræ ex eadem causa debi-
tæ, privilegium, quod prioris actionis fuit, pi-
gnora denique & fidejussores, *l.* 8. *l. si creditor.*
15. *l. novatione.* 18. *l. emptor.* 27. *l. aliam.* 29.
de novat. l. in omnibus. 43. *de solut.* Planè si pi-
gnora prioris obligationis in novatione repetita
fuerint, placet, creditori manere ordinem &
prærogativam temporis, ut in his præferatur
posteriori creditori, id est, cui eadem pignora
postea licet ante novationem obligata sunt, *l.* 3.
qui pot. in pign. & ibi Bart. Mynſ. 1. *obſ.* 59.
3 Gail. 2. *obſ.* 30. *num.* 10. Potest autem novatio
dupliciter fieri, vel manente eodem debitore,
vel persona debitoris mutata: priore casu novi
aliquid adjici debet, ut novatio facta intelliga-
tur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona.* Poste-
riore novatio fit, quoties liberato priore debi-
tore, alius, qui expromissor appellari solet,
ut notatum sub *titul. de fidejuss.* locum ejus su-
bit; veluti si Titius novationis causa promittat
Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua
sponte Titius faciat, & vel ignorante vel no-
lente debitore, *l.* 8. *in fin. de novat.* sive debi-
toris mandatu, quæ species novationis delega-
tio dicitur per metonymiam causæ, siquidem
delegare hic est vice sua alium reum dare cre-
ditori, *l.* 11. *eod.* quæ delegatio inter delegan-
tem quidem & delegatum nudo consensu fit,
l. delegare. 17. *eod.* sed non perficitur, id est,
novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori
is, qui delegatus est, promiserit, *l.* 1. *C. eod.*
Gail. 2. *obſ.* 30. *n.* 8. Christin. *vol.* 4. *dec.* 180.
n. 4. *&* 5. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 8. Porro
sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui 4
hoc nomen per excellentiam & absolutè tribui-
tur. Est verò præter hanc, quæ stipulatione fit,
& alia, quam inducit litis contestatio, *d. l.* 11.
§. 1. *l. aliam.* 29. *eod. l.* 3. *C. de usur. rei jud.*
nam & judicio contrahitur, & velut nova in-
ducitur obligatio judicati, *l.* 3. *§. idem scribit.*
11. *de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente
eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur
& suo nomine suscipiat, vel persona rei muta-
ta, si alius pro reo judicium accipiat, sive man-
datu illius, quæ species est delegationis, *d.
l.* 11. *§.* 1. *de novat.* sive reo ignorante aut et-
iam nolente, *l. solutione.* 23. *de solut.* Cæterum
hæc species novationis superiori longè dissimilis
est, & secundum quid tantùm dicitur novatio
fieri per litis contestationem, quatenus scilicet
actio in judicium deducta novas quasdam assu-
mit qualitates; veluti quod quæ tempore aut
morte peritura fuisset, judicio inclusa salva ma-
net, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes.* 26.
de obl. & act. §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*
& quia reo condemnato nova accedit actio ju-
dicati, priore multo utilior, *l. post rem.* 56. *de
re jud. l.* 4. *C. de usur. rei jud.* At enim verò per
litis contestationem vel sententiam vetus actio
non consumitur: per *text. in l. fidejussores.* 41.
§. 1. *de fidejuss. l. qui servum.* 20. *de interr. in
jur. l.* 2. *C. de judic. arg. l. qui jurasse.* 26. *§. ult.
l.* 27. *l.* 28. *§.* 1. *de jurejur.* junct. *l. cum qui.* 30.
in pr. eod. junct. *l.* 2. *eod. l.* 8. *C. de reb. cred. &
d. l. post rem.* 56. *de re jud.* Et hinc est, quod
commoda quoque prioris actionis creditori sal-
va manent, *l.* 8. *§.* 3. *de fidejuss. l.* 13. *§.* 4. *de
pign. l. aliam.* 29. *de novat. fac. l. non solet.* 86.
& seq. de reg. jur. Christin. *vol.* 4. *decis.* 180.
num. 2. Interpretes vulgo has novationis spe-
cies sic distinguunt, ut eam, quæ per stipula-
tionem fit, voluntariam appellent, quæ judicio
accepto, necessariam: cujus distinctionis fun-
damentum est in *d. l. aliam.* 29. *de novat.*

Interventu novæ personæ] Non quæ alienæ ob-
ligationi accedat adpromittendo; sed quæ alie-
nam obligationem in se transferat expromitten-
do. Per adstipulationem & adpromissionem fide-
jussor intervenit; novatio per exstipulationem
& expromissionem: unde per hanc prior obli-
gatio extingitur.

Licet posterior stipulatio inutilis] Non ratione
formæ, sed effectu, ut exemplum subjectum
declarat. Similiter etsi expromissor non sit sol-
vendo, præcedens tamen obligatio tollitur, et-
iam in casu delegationis: quoniam, ut ait Pau-
lus, bonum nomen promissoris fecisse videtur
creditor, qui admisit debitorem delegatum,
l. inter. 26. *§.* 2. *mand.*

A pupillo sine tutoris auctoritate] Pupillum 5
sine tutoris auctoritate contrahentem non obli-
gari jure civili, nisi in quantum factus est lo-
cupletior, constat, *l.* 5. *&* 9. *de auct. tut.* At-
tamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agi-
tur, naturaliter saltem obligatur, ut demon-
stra-

stravimus *sup. ad §. pupillus. 9. de inut. stip.* & ideo quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l. 1. in pr. & §. 1. de novat.* Neque est contrarium, quod Paul. scribit in *L. novare. 20. §. 1. eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat Paul. *d. loc.* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat, aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quàm interposita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.*

Et posterior obligatio nulla est] Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, *l. quod pupillus. 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub *§. pupillus. 9. de inut. stip.* Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. l. 1. per tot.*

Non idem juris est, si à servo] Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14 de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l. 101 §. 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & de pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt, si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit; si in arbitrum compromiserit; *l. 3. §. si servus. 8. de pecul.* si cùm conveniretur, jusjurandum adversario detulerit; *l. 5. §. 2. d. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens; *l. 3. § si filiusfam. 5. eod. tit. l. servus. 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona. 30 §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat.* junct. *l. servus. 16. eod. l. fugitivus. 19. de solut.* & facit. *l. servus. 20. cum l. seq. de jurejurand.*

Si eadem persona sit, à quo postea stipuleris &c.] 6
Sententia hujus loci hæc esse videtur, si idem debitor sit, à quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quàm si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve. Nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea fit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligationem verborum: utique si de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causa non tantùm purè, verùm etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties. 14. per tot. l. novatio. 24. l. si rem. 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Latè & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum. 28. de novat. l. 3. C. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressum requirebant conventionem, *l. si usumfructum. 58. de verb. oblig.* vid. D. Ant. Fab. 3. conj. 3. Justinian. verò, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quàm si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videantur, multis in locis rece-

recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim si posterior obligatio quædam repugnantia elidat priorem? & potius est, ut dicamus, Justinianum eas dumtaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpe fallit. Vid. Gail. 2. *obs.* 30. *n.* 1. *& seqq* Christin. *vol.* 4. *decis.* 180. *num.* 9. *& seqq.* Tulden. *Comm. hic. cap.* 7. ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartolus quoque in *l. delegare.* 11. *de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem: quem sequuntur Zas. *in l.* 15. *n.* 11. *de reb. cred.* Gail. *d. loc. n.* 9. Vvesemb. *parat. de novat. n.* 8. *Curia Holland. decis.* 38. Et sanè illa legis verba, *vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit*, commodè de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 29. *thes.* 6.

Ut maneat ex utraque causa obligatio] Sicut jure veteri obligationes censebantur, *l.* 2. *in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. Gail. *d. loc. n.* 5. *&* 6. Planè si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l.* 8. *§. ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; dein de re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

NOTÆ.

4. *Re nondum secuta*] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, *d. l.* 58. *in fin. de pact.* Vide *infr. comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*
2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.*

Vinnius in Institut.

QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur 1
solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, *l. Stichum.* 95. *§. naturalis.* 4. *de solut.* quod nihil aliud est, quàm tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. tale pactum.* 40. *§.* 1. *l. epistola.* 52. *§.* 2. *de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale.* 35. *de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quàm consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum.* 95. *§.* 4. *de solut.* Non adversatur *l. si unus.* 27 *§.* 2. *de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vid. *inf. sub tit. de replicat. in pr.* VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, quum tamen fidejussor non consensu sed verbis obligetur, *l.* 3. *ff. de resc. vend. l.* 95. *§. ult. ff. de solut.* Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure exspirat, *l.* 129. *§.* 1. *l.* 178. *ff. de R. I.* HEIN. De 2
civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l.* 3. *l.* 5. *§.* 1. *de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeatur, *l.* 7. *§. adeo.* 6. *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout.* 80. *de solut. d. l.* 35. *de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventione, *l.* 1. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur *l. si tibi.* 17. *§* 2.

de pact. sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. Neguz. *tractat. de pign. part. 6. memb. 3. num. 3.* Bachov. *lib. 5. de pign. cap. 6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum pacisci permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l. si tibi. 17. §. 1. de pact.* junct. *l. 6. l. 7. §. si pacisc. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l. 1. C. quand. lic. ab empt. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obligat. & act. l. 3. C. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum sequuta] *L. 7. §. adeo. 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic ab empt. disc.* id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debet; veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. l. ab emptione. 58. in fin. de pact.* Arrharum verò aut fidejussorem interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *l. 3. de resc. vend. l. 11. §. is qui. 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.*

Finis Libri Tertii.

ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM QUARTUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex?

EX quatuor causis obligationum, propositis *§. ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt: contractus, & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet, & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel *publicum*, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel *privatum*, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sanè per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur; sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Quum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ verò unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

Quæ ex delicto] Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua, de quibus *lib. 47. D.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci?*
2 *Summa hujus tituli.*

HÆ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*] Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, *§. ult. sup. de oblig.*
1 Quæ verò ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantùm consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti: sed ut teneatur, necesse est, contrectatio interveniat, *l. si quis. 52. §. neque. 19. de furt.* Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum: sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. si quis. 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium dumtaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionum. 25. §. 1. de obl. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendum ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt.
2 Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit, & quotuplex? quæ ejus pœna? quæ causa efficiens, materia, & forma? quando, quibus in rebus, & à quibus committatur? quis sit effectus? quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur?

TEXTUS.

Definitio furti.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.*

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur?*
2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta ablata? &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

AUctor hujus definitionis est Paulus *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2 sent. tit. 31.* furem sic definivit; *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum sine contrectatione fieri 1
non potest. Contrectare est rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. si rem. 18. de acq. poss. l. thesaurus. 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, *§. 2. sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. si quis. 52. §. neque. 19. hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantùm conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris. 21. §. qui furti. 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. l. inficiando. 67. eod. d. l. 3. §. si rem. 18. de acq. poss.* Planè, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris. 21. §. item si. hoc tit.* Neque is solùm furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit, alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis. 52. §. Julianus. 16. eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cùm usum nullum habeat, aut aliter utitur, quàm ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub §. furtum. 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus. 43. §. 2. eod.*

Fraudulosa] Fraudulosa contrectatio est, cùm 2
quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest. Vid. *inf. §. aliquando. 10.* Sed & si cùm esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si. 25. §. scire. 6. de hær pet. §. 2. sup. de usuc.*

ex

ex voluntate enim & propoſito maleficia æſtimantur, *l. qui injuriæ. 53. h. t.* Denique furtum ſine animo & affectu furandi, id eſt, rem intervertendi domino, non committitur, *§ placuit. 7. inf. eod.* cui non eſt contrarium, quod Pomponius ſcribit, eum, qui ſaccum cum pecunia ſurripuit, furti etiam ſacci nomine teneri, quamvis ſacci ſurripiendi animum non habeat, *l. qui ſaccum. 77. eod.* Nam etſi in hujuſmodi ſpecie principale propoſitum non eſt ſaccum furari, tamen per conſequentiam, quo ſcilicet commodius pecunia auferri queat, etiam ſaccus animo ſurripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hìc tenendum eſt, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut diſcernatur furtum à rapina, actus clandeſtinus à violento, κλοπὴ γὰρ ἐστιν ἡ λανθάνουσα τοῦ ἀλλοτρίου μετάληψις. Procl. *in Parmen. Plat.* Nam etſi generali ſignificatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli. 8. vi bon. rapt.* ſpecialiter tamen fraudis appellatione ea injuria ſignificatur, quæ occultè fit & clanculum, cùm vis ſit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis eſſe*.

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba cauſam finalem continent, & præcipuè furtum à cæteris maleficiis ſeparant, *l. 8. §. 2. arb. furt. cæſ.* Etenim in diſtinctione delictorum non tam factum conſideratur, quàm faciendi cauſa, id eſt propoſitum & intentio delinquentis. Itaque ſi quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis ſciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; ſi contumeliæ cauſa, injuria eſt; ſi nocendi tantùm gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum. 39. l. qui injuriæ. 53. h. t. l. 5. §. ult.*
4 *l. 41. ad leg. Aquil.* A lucri ſtudio, ac proinde etiam à crimine furti, & ille alienus eſſe videtur, qui urgente fame eſculenta aufert, ut inediæ ſuccurrat, *c. 3. x. de furt. c. 26. de conſecr. diſt. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, ſi viator equum, quo vehitur, reficiat & paſcat in gramine aut viridi ſylva ſecundum viam, dummodo id faciat ſine aliqua vaſtatione, *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui ſimile eſt, quod viatori permittit Moſes *Deuter. cap. 23. verſ. pen. & ult.* & Plato 8. *de legib.* add. Covar. *in cap. peccatum. 4. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3.* & Grot. 2. *de jur. bell. &*
5 *pac. c. 2. num. 6. vel.* Illud ſciendum eſt, ut maximè res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi cauſa, furtum tamen ſubtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quàm ſi fit, qui poſſideat. Hinc enim eſt, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam, antequam hæres poſſideat; niſi res pignori data, aut commodata, aut uſusfructus alienus, *l. 1. §. Scævola. 15. ſi is qui teſt. lib. l. 14. §. ſi res. 14. l. hæreditariæ. 68 cum 2. ll. ſeqq. hoc tit. l. 2. & l. ultim. expil. hær.* Efficit hoc inquam ſubtilis juris ratio, quaſi non ſit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui hujuſmodi rem ſurripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi poteſt & hæres tem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo ſuſtulit, ignorans cujus ſit, *l. falſus. 43. §. 4. hoc titul.* D. Tulden. *comm. hic cap. 8.*

Vel ipſius rei, vel uſus poſſeſſionisve] Hoc eſt, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrectat, vel uſus ejus, aut poſſeſſionis dumtaxat: nam ipſa contrectatio tantùm corporis eſt: exempla furti uſus rei ſunt *in §. furtum. 6.* poſſeſſionis, *§. aliquando. 10. inf. l. furtum. 74. h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nuptiæ cum filia aut ſorore adoptiva more aut inſtituto civitatis, ſed per ſe & natura turpe ac flagitioſum eſt, ſicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum. 42. de verb. ſign.* ad quod demonſtrandum nihil opus eſt vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipſa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas eſſe alteri detrahere ſui commodi cauſa. Cicero *lib. 3. offic. cap. 5. Illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes, augeamus.* Quod verò apud quaſdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus teſtatur Gell. *lib. 11. c. 18.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi inſtitutis de jure naturæ ſive gentium judicandum eſt: de quo latius diſſetui *ſub tit. 2. lib. 1.* Sed nec illi ipſi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta ſimpliciter permiſerunt aut probarunt, tamquam rem omnibus & per ſe licitam. Verùm Ægyptiorum legiſlator, cùm exiſtimaret fieri non poſſe, ut omnes à furto abſtinerent, viam quæſivit, qua domini res ſublatas ſtatim & ſine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, juſſit nomen ſuum profiteri apud furum principem, atque ad eum res ſurreptas è veſtigio referre, quæ deinde dominis ita reſtituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione perſolverent, quaſi pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib. 1. biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacædemoniis leges tulit, non promiſcuè omnium rerum furta permiſit, ſed tantùm edulium, neque omnibus furari, ſed junioribus dumtaxat: quos furtim ſibi alimenta comparare voluit, ut acuerent induſtriam, diſcerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere: quoniam deprehenſos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore exiſtimans, teſte Xenophonte *lib. de republ. Lacedæmon.* VINN. Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum eſſe negat ὁ πάνυ Salmaſ. *de uſur. cap. 9.* puta, quod ipſum dominium non natura, ſed hominum voluntas introduxerit, ſine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero quum jus naturæ vel abſolutum ſit vel hypotheti- 6

cum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectè rationi non absolutè, sed hypotheticè adversari. Vid. Puffendorff. de *I. N. & G. Lib. 3. cap. 3. §. 14.* HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte; vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo; vel à Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Immo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur hìc quadruplex furti etymologia ex *l. 1. pr. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel à *furvo*, vel à *fraude*, vel à *ferendo*, vel ab antiquo Græco verbo φῶ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in *d. l. 1.* furtum à furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib. 1.* confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib. 14. de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib. 9. Æneid.* ad illud Virgilii, *v. 350. Hic furto fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus *d. l. 1.* quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco φῶ per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. *lib. 1. c. 18.* ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit à furvo. VINN. Verè fures à *ferendo* vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, *Scalk*, quod quum olim servum, famulum, ministrum notarit, eaque significatio etiamnum superfit in nominibus, *Mareschallus*, *Seneschallus*, *Gottschallus &c.* hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo perveneris, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

NOTÆ.

3. *Quàm genera furtorum*] Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib. 2. sent. 31.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secundum praxim hodiernam?*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum?*

1 FUrtorum tantùm duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, *l. 2. eod.* nam, ut hìc indicatur, & latius explicatur §. *seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris. 21. pr. vers. nam etsi eod.* Planè furtum variè subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, saccularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig. & de fur. baln. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. *& 10. inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. *prax. crim. c. 110. de furt.* Baron. *comment. hìc. part. ult.*

2 *Manifestus fur est*] Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: postremo & eum, qui, quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *l. 3. & 2. seqq. de furt.*

Et

Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant] Hoc est αὐτοφωρεί, in ipso furto, ἐπ' αὐτῷ τῷ φωρᾷ, scil. ἁλόντα deprehensum in admisso Papinianus appellat, *l.* 8. *de præscr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l.* 3. *in pr.* sed plenius Hesychius, ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερῶς καταληφθεὶς, ὁ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό. Usurpatur & deprehensis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχοῦ.

Visus vel deprehensus] Non solùm prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cùm ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, *l.* 7. §. 1. & 2. *eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog.* 2. *Non ego te vidi?* manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, *l.* 3. §. 1. *l.* 7. §. *ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi faciente deprehendente proponitur, *l. si quis.* 24. §. 2. *de usur.* id exempli tantùm causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, §. 4. & §. *alteri.* 18. *sup. de inut. stip.* nam deprehensio, cujuscumque ea sit, delictum tantùm qualificat.

Nec manifestum furtum, quid sit &c.] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tam-
3 quam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Sed & apertè illud definitur *vers. proximè præced.* ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus *l.* 5. §. 1. *eod.* idque sic à Paulo explicatur, *l.* 4. *eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert deprehendatur, non erit fur manifestus. Bellè in hanc sententiam Masurius apud Gellium *lib.* 11. *c.* 18. *Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cùm perlatum est, quo ferri cœperat.*

T E X T U S.

De furto, concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria ad versus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

CONceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quàm species actionum furto cohærentes, didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *sent.* 31. & Cajus 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hìc fit mentio, prohibito scilicet, & non exhibito.

Furtiva res quæsita & inventa] Is, apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item, *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta] In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post verò tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius, quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hìc ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati: cujus vis in triplum item erat, ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datum fuisse, docuimus alibi ex

Plaut. *Pœnul. Act. 3. sc. 1. v. 54. sequ. Act. 1. sc. 1. 55. Act. 3. sc. 4. v. 27. sc. 5. v. 39. scen. 6. v. 14.* in quibus locis alii actionem servi corrupti, tanquam caput secundum legis Aquiliæ sibi invenisse videntur. Vid. Taubm. *Adnot. ad h. l.* & adde *Elementa nostra Juris Lib. 4. §. 1058.* HEIN.

In desuetudinem abierunt] Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant, & ideo nullam earum mentionem in pandectis fieri voluit.

Requisitio rei furtivæ secundum veterem observationem] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim tabularum, teste Gellio *d. loc. & lib. 16. cap. 10.* Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamil. aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib. 12. de legibus*, sic scribit: φωρᾶν δ᾽ ἂν ἐθέλῃ τίς τι παρ᾽ ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος, &c. ἐπὶ φωρᾷ. Id est, si quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus, aut licium habens, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius *d. cap. 10.* ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipsum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib. 4. h. t.* Ingeniosa quoque & erudita sunt, quæ ex instituto de illo disseruit V. C. Abr. Willingius in libro singulari *de furto per lancem & licium concepto.* Non una utriusque hypothesis. Sed quis prohibeat in re tam vetusta hariolari? HEIN.

Furti nec manifestò obnoxii sunt] Quid si rei criminis planè convinci non possint, adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur. D. Tulden. *comm. hic cap. 13.* post DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifestum, dupli.*

NOTÆ.

5. *Tam ex servi, quàm ex liberi*] Hoc dicens respicit ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabb. qua servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap. 3. Exod. & cap. 5. Deuter.*

COMMENTARIUS.

1 *Furta variè mutata etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus, & n. 5.*

2 *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*

3 *Quæ furti pœna ex constitutionibus Frederici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur?*

4 *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur?*

POEna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna 1 pecuniaria tantùm; alii flagellatione; alii fustigatione; alii effossione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta mulctarunt. Vide Alex. ab Alex. 6 *genial. dier. 10.* Bodin. *6. de repub. 6.* Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantùm pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantùm pœna vindicabat, secuti videntur. Gell. *lib. 11. c. 18.* Cæterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerunt. Procedente 2 verò tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quàm actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscisio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. *Nov. 134. cap. ult. auth. sed novo. C. de serv. fugit.* Posterioribus verò sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non

au-

3 amplius sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris constitutio *lib. 2. Feud titul. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum verò, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive ut Hotomannus legit, tonderi, §. *ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit. §. injuria seu furtum.* 1. Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ, vid. Lud. Gomez. *ad §. ex maleficiis.* 18 *num.* 3. 4. & 5. *inf. de act.* Clar. §. *furtum. n* 7. Schneid. *in §. ult. hoc tit. n. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est constitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel dumtaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art.* 157 *& seqq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnumquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad d. §. ex maleficiis.* 8. *n.* 4. Challan. *ad consuet. Burg. rubr.* 1. §. 5. *vers. simplex. num.* 2. Clar. *d. §. furtum. n.* 12. Covar. 2. *resol.* 9. *n.* 7. & 10. *n.* 2. Damhond. *prax crim. cap.* 110. *n.* 28. & *seq.* Gudelin 5.
4 *de jur. nov.* 19. Privatis tantùm relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longè excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus dumtaxat externis alteri nocuit, maximè cùm etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quàm pecuniaria fures plecti jubeat, *Exod. c.* 22. Verùm respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coerceantur; satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantùm bonis nocetur, capite plectere, si viderint publicè id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam verò proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolutè, & nudè materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum, quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum, sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publicè expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta.* 16. *in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit Cæcilius apud Gell. *lib.* 20. c. 1. ubi ait, acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque cautè vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea dumtaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covar. 2. *resol.* 9. *n.* 7. Dan. Moll. 1. *semest.* 37. *n.* 5. & *seq.* Wesemb. *par. de fur. in fin* latè Lud. Molin. *de just. & jur. tom.* 3. *tract. disp.* 2. Perez. *in C. de furt. num.* 15. & *seqq.* Vinn. Frustra ad Leges Mosaicas forenses provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant posteri ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset à luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos esse oportebat pauperes, adeoque & paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam sufficere visam supremo legislatori ad Israelitas in officio retinendos. Quam diversa rerum publicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt? Hein.

Tam ex servi, quàm ex liberi persona] Respicere 5
videtur ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos: ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem purè & directè, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi

missi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit: De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non solùm cùm quis intercipiendi causa rem alienam amovet; sed generaliter cùm quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quàm cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.*

NOTÆ.

6. *In alium usum transferat*] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *d. l.* 54. §. 1.

Qui in aciem] Cujacio legendum videtur: *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam constans est hæc lectio, *in aciem*. Theoph. εἰς παράταξιν.

COMMENTARIUS.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?*

FUrtum fieri intelligitur non tantùm si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa: verùm etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia: adeoque non amovendo tantùm, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib.* 11. *cap.* 18. *Qui alienam rem attrectavit, cùm id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. *ult. sup. quib. mod. re cont. obl.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quàm in quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. qui jumenta.* 40. *l. si pignore.* 54. *l. qui re.* 76. *hoc tit. l.* 7. *C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hìc nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. si pignore.* 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa] *l.* 5. §. *quinimo.* 8. *commod. d. l.* 40. *hoc tit.* Gell. *lib.* 7. *c.* 15. Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib.* 8. *cap.* 2. & Symmach. 7. *epist.* 69. furti quemdam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sanè pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantùm locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cùm alias ignorante domino contrectata est, puta à creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatatio excedente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hìc. cap.* 2. fraudem publici tabularii; & merito.
Moribus horum temporum creditor aut deposi- 1
tarius re pignerata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quàm utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. Zypæ *not. jur. Belg. de furt. vers. pen.* Autumn. *conserv. du droict. in l. qui jumenta.* 40. *h. t.* Groenevv. *de ll. abrog. hìc.*

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quàm utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra crimen videri; optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

NOTÆ.

7. *Sine affectu furandi*] *l.* 37. *de usuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως. Psellus cum facto etiam animum furis exigit, *l.* 41. *ad leg. Aquil.* nec tam factum quæritur, quàm faciendi causa, *l.* 39. *eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l.* 53. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species quædam notabilis.*

CUm furtum sine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς προθέσεως, non committatur, *l. fur-*

furtum.37.de usuc. neque tam factum quæratur quàm faciendi causa, *l. verum est.39.hoc tit.* rectè dictum est, eum, qui putavit se voluntate domini rem attringere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive verè putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *l. inter omnes.46.§. rectè.7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino non invito, *l. qui re.76.*
1 *eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum Joan.Fab.& Ang.*hic.* per text.generalem in *d.l.inter.46.§.rectè.7.hoc tit.*alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg.l.qui vas.48.§.3.eod.*Nam, ut rectè ait Bald.in *l.6.C. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l.5.C. de injur.* Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc nunc locum habet, cùm furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart *in d.l.inter.46.§. rectè.7.hoc tit.* & DD. *in l. transigere.18. C. de transact.* concludit Gomez.3.*resol.5.n.2.*

TEXTUS.

De voluntate domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit; Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cùm nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo, nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior à sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tamquam si re ipsa fuisset servus corruptus; ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.*

NOTÆ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente*] Pomponius *l.46.§.pen.eod.* ait, furtum quidem fieri; sed negat hoc casu furti agi posse: quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, *arg. l. 145. de reg. jur.*

Neque servi corrupti] Quippe quæ ei tantùm à prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, *l. 1. de serv. corrupt.* quod hìc factum non est.

Per nostram decisionem] *l. 20. C. de furt.* ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tamquam si re ipsa, &c. corruptus] Si autem servus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptorem judicium datur, *l. 1. de serv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui rem alienam, licet insuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*

2 *Cur dubitatum, utrum sollicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneretur? necne?*

QUod hìc ait Justinianus, furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cùm id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari potest, 1
quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat, quod & Pomponius fatetur *l.inter.46.§.pen hoc tit.* Cæterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, *arg.l.nemo.145.de reg.jur.* Sunt verò & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à magistratu denegatur, vid. *l. 1. in fin. rer. amot. l. servi. 17. l. si libertus. 89. hoc tit. §. hi qui. 12. inf. eod.*

Unde

Unde illud quæsitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum; qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret, quæsitum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quàm superiore: quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. Aliis verò contra, quo-
2 niam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deptehenderetur. Simul illud quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hypothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, à prætore proponitur adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, *l.1.de serv.corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantùm loquitur, à quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse; at non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse quod hic æstimari & duplari possit. Cæterum Justinianus *l.si quis.20.C. hoc tit.* non attenta disputatione veterum censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suasoris, atque esse rem pessimi exempli; ut *hic & d.l.20.* latius differit. Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.*

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulp. *l. 14.§.si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quod filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat; unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vindicari potuerint, hac adjecta clausula, *Ex lege Quiritium. l.1.§.2.de rei vind.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l.ult.h.t.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l.ult.C.ad leg.Fab.de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l.1.§.sed cum.5.de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum interpp. id quod patris intererit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater.38. de furt.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non nisi vero domino competit, *l. 38. §. 1. eod.* VINN. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, quum & vindicare eos, & dominium Quiritiarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiifam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel b. f. possessor? quibus tamen condictionem dari patet ex *l.56.§. pen. ff.de furt. l.136.ff.de R.I.* Ratio itaque est, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, *de liberis exhibendis & ducendis*. Aut enim in furis manu erat filius surreptus, aut non erat. Si erat: cur maluisset pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat: frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit. HEIN.

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

NOTÆ.

10. *Quam creditori pignoris causa*] *l. 12. §. 2. d.l.19.§.pen. l. 79. de furt.* Minus autem propriè hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul.2.*sent.*31. Arist. 5. *Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l.itaque.12.§.2. l. in actione.19.§.pen.l.si debitor.79.l.creditor.87. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantùm tunc facere videtur, cùm possidenti sive tenenti creditori aufert; verùm & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, *d. l. in actione. 19. §. ult. l.si is qui.66. in pr. eod. l. 6. C. pro emp.* Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2.*sent.*21. Arist. 5. *Eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

Textus.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit; qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas fortè fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens, cujus rei gratia commodaverit. Certè qui nullam opem ad f[u]rtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

Notæ.

11. *Ut alius eos raperet*] Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq.*

In factum actio dari debet] *d. l.* 50. §. *ult.* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, *d. l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq. l.* 51. *de furt.*

Vel ipsas fenestras, &c.] *l.* 50. §. *pen. l.* 54. §. *pen. eod.*

Commentarius.

1 *Verba*, ope consilio, *separatimne accipienda, an conjunctim?*

2 *Explicatur homonymia verbi* consilium, *& effectus secundum singula significata indicantur. & n.* 3.

Nonnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is, cujus ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, *ope, consilio tuo, furtum factum esse aio*, *l. si servus.* 27. §. *si quis.* 21. *ad leg. Aquil.* Illud satis expeditum
1 non est, verba hæc, *ope, consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet, separatim accipienda, idque convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud sit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sæpe.* 53. §. *ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscurè indicat *l. si quis.* 52. *in pr.* & §. *neque verba.* 19. *hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel consilium dare.* & clarius in *l.* 6. *de condict. furt.* qui etiam alibi hæc sic distinguit: *Consilium*, inquit, *dare videtur, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet, l. in furti.* 50. §. *pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solùm cujus ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantùm dedit, vel tantùm opem tulit, *d. l.* 6. *de cond. furt.* Verùm ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur, uti in *l. qui servo.* 36. *in fin. pr. l. in furti.* 50. §. 1. *hoc tit. l. si servus.* 27. §. *si quis.* 21. *ad leg. Aquil.* atque ab ipso adeo Paulo in *d. l. sæpe.* 53. §. *ult. de verb. sign.* cùm ait, post veterum auctoritatem eo perventum esse, *ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantùm consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope consilio*, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse, quàm si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sæpe.* 53. aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*.
Triplex verò hujus verbi in re proposita usurpatio est. Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum, seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti.* 50. §. 2. *l. si pignore.* 54. §. *pen. h. t.* verbi gratia, qui furi scalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *d. l. sæpe.* 53. *in fin. de verb. sign.* Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit; quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem, quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *d. l. in furti.* 50. §. *pen.* Hæc consil[i]i species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum

secu-

secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui servo. 36. pr. l. si quis. 52. §. neque. 19. h. t. d. l. sæpe. 53. §. 1 in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd.* §. 1.

Qui sibi nummos excussit, &c.] *l. si quis. 52. §. si quis. 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem esse hominis judicatum, qui cùm fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tamquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

Qui panno rubro] *l. in furti. 50. §. ult. h. t.* Tauros & boves rubicundi coloris adspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira cap. 30.* Ovid. *12. Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin. cap. 16.* cùm quærit, an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit?

Per lasciviam] Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt, fecerit, non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti. 50. §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil. l. nam &. 51. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. si pignore. 54. §. pen. hoc tit.* VINN. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; manifestum sanè est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* 11. 39. Bachov. *ad Treutlerum. Vol. 2. disp. 30. p. 315. sequ.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. *ἐναντιοφ.* IV. 25. Donell. *Comm.* XV. 29. HEIN.

Tantùm consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicue ostendit hic noster textus; quem proinde male nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quàm fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hìc docent interpretes.

TEXTUS.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si verò ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

NOTÆ.

12. *Sed furti actio non nascitur*] Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possumus, *l. 16. eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*
2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*
3 *Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.*

SErvi & filii nostri furtum quidem nobis faci- 1
unt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus
rei duplex affertur ratio: tum quod dominus &
pater in servum & filium privatæ animadversio-
nis jus habent, *l. servi. 17. hoc tit.* qua eadem ra-
tione placet, nec libertum patrono, nec merce-
narium patrif. furtum facientes actione furti con-
veniri posse, *l. si libertus. 89. eod.* tum quod non
magis cum his, quos in potestate habemus, quàm
nobiscum ipsi agere possumus, *l. nec cum. 16. eod.*
Et domino quidem nulla umquam cum servo
actio esse potest; at potest aliquando patri lis esse
cum filio, quem in potestate habet, nempe si fi-
lius castrense habeat peculium, atque ex ea cau-
sa conveniatur, *l. 4. de judic.* Quid ergo si filius 2
castrense peculium habens furtum patri fecerit?
Defendi potest, utili actione eum teneri, cùm
habeat, unde satisfaciat, *l. si quis. 52. §. sed si. 5. hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem ca-

stren-

ftrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d.l.52.§.an autem.6.* quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l.5. de obseq. par. præst.* VINN. Sed quæ ratio adversus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfacit sanè, quod adfert Vinnius, patronum habuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltim, quod ad clientes & mercenarios, falsissimum. Ratio itaque unicè in eo quærenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum. *l.11.§.1.ff. de pœn.* Quamvis vero ea lex de criminali persequutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famosa actione pulsari potuerint. Sufficit ergo & hìc actio in factum. HEIN.

Si verò ope & consilio] *l.qui servo. 36.§.t.h.t.* Ec non quoque consequens est ei, quod dixit verè in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l.si quis.52.pr.* junct.
3 *l.1. & 2.de act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quàm alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perspiciendum. 11.§.1. de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patri. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severè hæc, quàm cætera furta publicè nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic. c. 3. in fin.* add. GROENEV. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quàm si ejus intersit rem non perire.*

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic traditæ.*
2 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

DOcet hìc Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quàm si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent
1 explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, *l.10.c.cum seq.h.t.* Neque enim furti aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur: cùm nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l.itaque. t.1. §.1. l.cum qui.14.§.3.& 4.l.qui re.76.§ 1.eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, *l.qui vas 48 §. si ego.4.eod.* Illud in universum hìc tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cùm furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius intersit, ut docet Jurisconsultus *l.inter omnes.46.in pr.eod.* Quod verò addit Justinianus, *licet dominus non sit*, ei multa obstare videntur. Primum quod em- 2
ptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solùm ob hoc, quod dominus non est, *§. 3. sup. de empt. d.l.14. in pr.* junct. *l.si vendidero. 80. h.t.* cùm tamen constet, emptoris etiam hìc interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d.§.3.de empt.* Deinde etsi creditoris intersit habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, *l.interdum. 46. h.t.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus intersit, *l. is cujus. 85. in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cùm ea ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodari, lo- 4
cati, pignorisve accepti, *d. l. 14. §. an pater. 10. & multis seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus *d. l. is cujus. 85. in pr. eod.* Postremo quod Justinianus ait, nec domino actionem furti competere, nisi intersit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur *§§. proximè seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l.si vendidero. 80. pr. hoc. tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinianus scribit, quoniam ejus intersit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haud paullo accurativè dari videtur in *l. 71. fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est.* Casus à Vinnio adlati huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possederunt. HEIN.

TEXTUS.

De pignore surrepto Creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quàm in personam agere; adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

NOTÆ.

14. *Pignori potius incumbere*] *l. 25. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. 12. §. ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, *§. 10. sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur: & quid intersit, adversus dominum, an extraneum experiatur?*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est: non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque. 12. §. ult. l. eum qui. 14. §. 5. & 6. & §. qualis. 16. l. in actione. 19. §.*
1 *pen. & ult. l. interdum. 49. hoc tit.* Duplici verò respectu ac ratione hìc interest creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui. 14. §. idem scribit. 6.* tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quàm in personam agere, juxta *l. plus cautionis. 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. itaque. 12. §. ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum *sup. §. aliquando. 10.* Quamvis autem in proposito creditori æquè adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris; agenti verò contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori. 87. eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *l. si pignore. 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pignor. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cùm judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quàm si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

COMMENTARIUS.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*
2 *Cur bonæ fidei emptoris dumtaxat hìc fiat mentio?*

ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, 1
sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui. 14. §. quod si. 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* At si sine culpa conductori res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui. 14. §. idem scribit. 6.* Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, *§. seq. d. itaque. 12. pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantùm culpam præstat, sed ut illi, qui operam offerunt, etiam levissimam, seu ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum; repete quæ notavimus *sup. ad § pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, accepit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l. 14. pr. h. t.* Consul-
to autem bonę fidei emptoris tantùm hìc fit men- 2
tio:

nio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cùm non ejus, qui luctum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei. 71. §. 1. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque. 2. §. 1. hoc tit.*

Omnino competit] In aliis est, omnimodo, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: Cujac. nam emptoris semper interest propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur. Quanta igitur hîc æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furti vam 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Non aliter, quàm si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quàm si solvendo sint. Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque. 12. eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo. 114. de verb. sign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nesciens & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

Vinnius in Institut.

NOTÆ.

16 *In nostris decisionibus*] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hîc significat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium conveniret, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.] Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem*, &c. & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit] Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOc admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit; quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quàm ad creditorem pigneratitium aut simplicem conductorem; cùm hic culpam dumtaxat levem, ille etiã levissimam præstet, *l. 5. §. 2. commod. §. 2. sup. quib. mod. re contr. oblig.* unde commodatarius in eadem causa cum fullone hîc ponitur. Atque hoc etiam constanter à veteribus traditum est, *d. l. 5. in fin. & 2. ll. seqq. commod. l. eum qui. 14. §. si res. 14. cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori. 28. rer. amot.* quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque. 12. pr. hoc tit.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hîc concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cùmque

inter veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea verò fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, dominone, an commodatario, si hic ex parte tantùm solvendo esse comperiretur; hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. C. hoc tit.*

TEXTUS.

De re deposita.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantùm in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non potest*] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, *§. pen. tit. seq.* aut se deposito obtulerit, *arg. l. 1. §. 35. depos.*

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

RE deposita surrepta placet, domino, non depositario, actionem furti dari, *l. cum qui. 14. §. 3. hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, *§. pen. sup. quib. mod. re cont. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l. itaque. 11. §. 1. d. l. cum qui. 14. §. 3. h. t.* Quid verò si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si deposito se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. cum qui. 14. §. qualis. 16. eodem. §. furti. 13. sup. eod.* cùmque id etiam satis
1 manifestè evincat *§. pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. §. & generaliter. 23. & seq. 24. vi bon. rapt.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d. §. 24.* separari à fine *§.* præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi:* hinc demum novum §. inchoandum; *Prilius dicendum est, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. *In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.*
2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant?*
3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, 1
id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l. qui injuria. 53. hoc tit. cap. illud relatum. 15. q. 1.* non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, *l. impuberem. 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans. 12. ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quàm infantes, innocentia consilii tueri debet, *arg. §. pupillus. 9. sup. de inut. stip.* Gomez. 3. *resol. 1. num. 57.* quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpam cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum. 111. de reg. jur. l. impuberem. 23. hoc tit. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur. 14. de senat. Silan. l. 3. §. 1. de sepulchr. viol. cap. 1. 2. de delict. puer.* Duo verò hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto 2
pœnam sustineant; ut non procul absint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut rectè docet Boer. *in add. ad Decium in l. fere. 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleji *apol. 2.* ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non aversetur atque oderit? cùm videat velut monstrum quoddam prius robustum scelere quàm tempore, ante nocentem quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosius est: & nondum pœna, jam injuria sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat, *l. 2.*

l. 2. C. si adv. del. Gomez. *d. resol. n. 59.* item quod jus commune seu naturale violet, non merum civile aut positivum, *cap. 2. x. de del. puer.* Postre-
3 mo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent interpretes. Gomez. *d. loc n. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. *ult. quæst. 60.* quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium. 37. §. 1. de minor.* Gomez. *d. loc. n. 61. & seq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor. 36. ad leg. Jul. de adult.* Gomez. *d. resolut. num. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. fin. de despons. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Tulden. *in C. si adv. del. & comm. hic. cap. 6.*

Textus.

Quid veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possideat, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.*

Notæ.

19. *Tantùm ad pœnæ persecutionem*] §. 18. *inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, *l. ult. de furt.*

Extrinsecus] Id est, *aliunde*. Furti actio pœnam persequitur legitimam, condictio rem ipsam: quæ res facit, ut altera alteram non consumat, *l. 7. §. 1. de cond. furt.*

Furem hæredemve ejus] Quia condictio furtiva rei habet persecutionem, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis est ex maleficio: cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis eum defuncto contestata fuerit, §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

Commentarius.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2 *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant?*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur?*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cùm actio furti non detur?*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum?*

Actio furti sive manifesti sive nec manifesti merè pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis. 18. inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & condictio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore. 54. §. cum furti. 3. hoc tit. l. 7. §. 1. de condict.*
furt. Illud quæritur, an is, qui furti civiliter 1
egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam? Et verius est, non posse, sed altero judicio alterum consumi, *l. interdum. 56. §. 1. hoc tit.* Neque obstat *l. unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus. vid. Cujac. 20. *observ.* 26. Besold. *ad tit. de furt. quæst. 7.* dist. Gomez. 3. *resol. 5. n. 4.* add. Christin. *vol. 4. decis.* 201. Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint. Besold. *quæst.* 7.

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti.*
13. *sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino 2
competit, sive de vindicta quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominii duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis. 18. inf. de action. l. 1. d. 10. §. ult. de condict. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est, cùm nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *l. in rem. 23. de rei vind. l. act. 25. de obl. & act. §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem. cav. §. itaque. 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini. Vinn. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei possessori, *l. 136. ff. de R. I.* tutori si pupillo quid surreptum, *l. 56. §. pen. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, *l. 12. §. 5. ff. de usufr.* Hein.

Rei vindicatio adversus possessorem] Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum. 25. de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Adversus furem] Condictione furtiva num-
3 quam alius tenetur, quàm fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *l. 6. de condict. furt.* Planè si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe. 53. §. ult. de verb. sign. & ibi* Alciat.

Hæredemve ejus, licet non possideat] Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quàm si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantùm hæredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond.*
4 *furt. l. 1. de priv. delict.* Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in heredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, *§. 1. infr. de perp. & tempor. action.* Cur verò tam variè? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quàm actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. si ambo. 10. §. 2. de compens. l. 3. §. pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. cessat. 36. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis; id est, quia condictio furtiva tantùm comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* junct. *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis numquam æstima-
retur, *§. his autem. 9. inf. de leg. Aquil.* Estque hu- 5
jus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action. l. hæc actio. 13. de serv. corr. l. 1. de priv. del. l. sicuti. 38. l. pœnalia. 164. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. iur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc disertè responsum est in *l. 9. de cond. furt.* moveor eo, quod numquam actio in hæredem absolutè dari dicitur, cùm non datur in solidum; cùm autem catenus tantùm datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. act. d. §. his autem 9. inf. de leg. Aquil. l. 5 de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem. 26. de dol. l. 1. de priv. del. l. 2. § ult. vi bon. rapt. l. Julianus. 16. de jud. l. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. in honorariis. 35. de oblig. & act. l. sicuti. 38. l. pupillum. 111 §. 1. de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sanè, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. Dissent. Cujac. *7. observ. 37. & 13. obs. 39.* Vultei. *hic.* Lyclam. *1. memb. 18. & lib. Benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub *§. 1. inf. de perpet. & temp. action.* Adde Ant. Fabr. *4. conject. 1.* Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. C. Lib. 9. Tit. 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

Secunda species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina violenta. Est verò hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quàm clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Inscribitur hic titulus *De vi bonorum raptorum*. Subaudi *actione*. Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam*, & *ablativam*. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. *Turbativa est*, cùm possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam. Compulsiva* vis est, cùm quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis edicto *quod metus causa* coercetur. *Expulsiva est*, cùm quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversus quam comparatum est interdictum *unde vi*. Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publi-

ca

ca & privata, §. *recuperandæ. 6. inst. de interd.* *Ablativa* vis (de qua hic agitur) est, quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coërcetur, *d. l. 2. §. 1. h. t.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adversus quos, & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quàm qui vi rapit? ideoque rectè dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio; ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quàm qui clam amovet.*

NOTÆ.

Qui vi res alienas rapit] Fur sine vi subtrahit, & clam aufert, *l. 59. de furt. l. 9. C. eod.* raptor vi & palam diripit. Rapi enim sine vi non potest, *l. 3. §. 5. de incend. ruin.* Plaut. *Epid. act. 1. scen. 1. Th. Minus jam furtificus sum quàm antehac. Ep. Quid ita? Th. Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti] Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furt.* Alias in duplum, *l. 1. l. 88. eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.] Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l. 2. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto?*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quàm quod clam committitur?*

1 TEnetur etiam furti] An igitur furti actione electa, eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto? ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli; nec manifestus dupli pœnam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicuè significari mihi videtur in *l. si quis. 52. §. ult. l. si vendidero. 80. §. cum raptor. 3. de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l. 2. §. cæterum. 10. & §. penult. hoc tit.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l. 1. hoc tit. & l. si quis egerit. 88. de furt.* tantùm mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore,) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis. 52. §. ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verùm apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, *l. 3. l. 7. § 1. & 2. de furt.*

Improbum furem esse] Id est, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, imprudentem, audacem, atrocem. Chrysostomus *in Matth. hom. 53.* τὸ δὲ κλέπτοντος ὁ ἀναιδέστερος χείρων. Et sanè is, qui rapit, fur est improbior atque imprudentior, quàm qui clam amovet, cùm hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l. 2. §. cæterum. 10. §. si in re deposita. 24. h. t.* Quamquam aliud judicium Aristotelis *in Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legimus: ἐπιεικέστεροι μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν ἁρπαζόντων φανερῶς. οἱ μὲν γὰρ λανθάνειν, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα ἀφαιροῦνται. VINN. Et verè Prætori ea mens fuit, dum quadruplo, in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et nescio an jocus Plauti *Epid. Act. 1. scen. 1.* ubi *propalam rapiens minus furtificus* dicitur, hanc sententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulsari possit à viro constante & forti: furto autem & viro prudentissimo fortissimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem] Etiamsi speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, prætor consuluit, *d. l. 2. §. 1.* scilicet ut innotesceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* junct. *§. sic itaque. 14. infr. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. l. 2. §. in hac actione. 13.* Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, *l. in honorariis. 34. de obl. & act.* speciale enim est,

Vinnius in Institut. Fff 3 quod

quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam] *d. l. 2. §. vel cujus. 11.* Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9 §. ult. cum 2. ll. seqq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili tatum est; non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantùm sit tripli, *§. vi autem. 19. inf. de action.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, *§ ex maleficiis. 18. inf. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imp. perspicuè duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti: uti & Ulp. in *l. si quis. 2. §. ult. de furt.* Cæterum in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est] Atqui raptor tantùm triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifestarii; ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quàm fures.

Qui vi rapit, quàm qui clam amovet] Eadem ratione Jurisconsultus in *l. 2. § si in re. 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ im-
2 prudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quàm quod clam, id tunc locum habet, cùm factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie *l. ult. de rit. nupt. & l. non existimo. 54. de adm. tut.* quod hìc dici nequit.

TEXTUS.

Adversus quos datur.

1. *Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solùm in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.*

NOTÆ.

1. *Rei suæ dominio cadit*] Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat, jus crediti amittit, *l. 13. quod met. ca.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt?*
2 *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse: & an non etiam aliæ, de quibus hìc agitur?*

Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cùm crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l. 2. §. hac actione. 18 hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *d. l. 2. § hac actione. 18.* simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure: nam à dolo quævis vel fatua causa excusat. Gloss. Bart. Jas. & DD. *in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu ci- 1
ves cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu: sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dice-

dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non est. 176. de reg. jur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum mulctari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare. *hoc text.* Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat. 13. quod met. caus. l. pen. ad leg. Jul. de vi privat.* atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

In invasionibus] *l. si quis. 7. C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat *invasor* & *invadere* dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti; cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantùm criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantam. 7. C. unde vi.* Et similium rescriptorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur Covar. 3. *resol. 16. n. 7.* post Specul. *tit. de restit. spol. §. 1.* & Guilielm. Benedict. *in cap. Raynutius. 16. v. de testam.* Gutier. *pract. quæst. lib. 1. quæst. 77.* Sarmientus quoque 2. *select. interp. 13. n. 7.* refert, se numquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed. 9 n. 8.* qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu legis abrogari. Sanè in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat Christin. *vol. 3. decis. 15. n. 10. & Groenevv. de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur.

2. *Sanè in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, tamen hæc actio habebit. Quare sive locata sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (velut si in deposita re culpam quoque promisit: sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est ei, competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solùm, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.*

NOTÆ.

2. *Sive deposita, &c. sic ut intersit*] Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. eod.* male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonis esse quæ hic dicantur?*
2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

VI bonorum raptorum is agit, qui in eum, qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest, neque solùm dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit. Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumem præstare debent, *l. 2. §. in hac actione. 22. hoc tit.* junct. *§. furti. 13. & 2. seqq. tit. præc.*

Sive ex bonis] Ex bonis esse hic ea dicuntur, 1 quorum, cùm aliena sint, vel emolumentum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum. 49. de verb. sign. l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom.* Nonnumquam promiscuè utrumque dicitur & idem valet, in bonis, & ex bonis, *l. 1. de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.] Obscura 2 est hujus loci sententia. Apud Ulp. *l. 2. §. in hac actione. 22 hoc tit.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur, *dicendum est, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, sed illud solùm ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere possim, sed tantùm ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TITULUS TERTIUS.
DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

Tertia species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 3. *infr.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ] Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare] *d. l. 2. pr.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum æs dare ero damnas esto*, arg. *l. 11. §. 6. eod.* ero tenuiter id est, *domino* ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in *δεσπότης*. Cujac. 27. *obs.* 11.

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.*

Damni injuriæ] Legendum videtur, *damni injuria, l. impuberem. 23. de furt. l. si servus. 27. §. si furnum. 10. & seq. l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. 3. hoc tit.* Cic. *pro Q. Rosc. cap. 11. lite contestata, judicio damni injuria constituto.* Præcisè videlicet, pro, *damni injuria dati.* Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Greci hominesdamni injuriæ dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cùm dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud veteres leges *damnum injuriæ*: veluti apud Marcianum *l. 30. pr. fin. ff. ad L. Falcid.* &, ut mihi videtur, etiam in *l. 9. §. ult. ff. de tutel. & rat. distr.* HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantùm ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. hoc tit.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de sicar.* Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is, qui injustè occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habitæ ætatis occisi, valebat. Grot. *lib. 2. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis mulctam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud Joan. Grevell. *decis. 25.* & Card. Puteus *lib. 3. decis. 280.* Sed & Cujac. 14. *obs.* 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogennetæ probat, novum non esse, ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maximè si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injustè tamen. Michael Ephesius ad 5. *Nicom. Arist.* scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur Costal. *ad l. 3. si quadr. paup. fec.* add. Gomez. 3 *resol. 3. num. 37.* Grot. 2. *de jur. bell. 17. num. 12. & seq.* Tulden. *ad tit. 5. cap. 3.* Christin. *vol. 2. dec. 35. n. 10.* Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus *inf. §. cap. 3.*

Quæ pecudum numero sit] Ita quoque Cajus in *d. l. 2. §. 2 hoc tit.* quamobrem rectè mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l. 2.* mendosè legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *Quadrupedemve pecudem*.

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. 2. in pr.* De quo plura *inf. §. his autem. 9.*

TEX-

Textus.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. *Quod autem non præcisè de quadrupede, sed de ea tantùm, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantùm, quæ gregatim propriè pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, (sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert,)*

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τῇ Ἀρέθῃ κρήνῃ.

Hoc est.

Assides is suibus, quorum grex magnus in agris Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

Commentarius.

1 *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint?*

PEcudum numero esse ea animalia propriè intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti ursi, leones, panthere. Enimverò cameli & elephanti, licèt feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *d. l. 2. §. 2.* Vinn. JCti ubi ex arte loquebantur, distinguebant *quadrupedes*, quæ dorso & collo domantur, id est, quæ sarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim pascuntur, & *bestias*, quales erant reliqua animalia omnia. Ampl. Bynkersh. *de Reb. mancip & nec mancip. cap. 6. pag. 119. sequ.* Hein.

De suis idem placuit] An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim.
1 Hotomannus hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pabulis commodè alantur, sed ut Varro & Columella tradunt, maximè faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis & effossis lumbricis & radiculis potius, quàm gramine vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suibus dubitatum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, *d. l. 2. §. 2. hoc tit. l. legatis. 65. §. pecoribus. 4. de leg. 3.* Ubi Marcianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poetam *Odyss. 13.* ubi Minerva Ulyssem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum subulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsam Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hìc citat Justinianus. Vinn. Sed quamvis sues gregatim pascuntur, dubitari tamen non absurdè potuit, an sint quadrupes pecudes. Hein.

Textus.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.*

Commentarius.

1 *Qui hac actione non teneantur?*

QVi nullo jure occidit] Injuriam hìc accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l. 5. §. 1. hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec provisum est, *l. si putator. 31. l. 44. eod.* Ex quo 1
intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamsi animum nocendi non habuit, *d. l. 5. §. 1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguatur, *l. in lege. 44. eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt: qualis est furiosus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l. 5. §. 2.* vel quorum factum à culpa abest: veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta, si ab alio impulsus damnum dederit, *l. 7. §. 3. l. si ex plagis. 52. §. 2. eod.* vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. d. l. 4. l. 5. eod.* aut si quis casu alium læsit, quem divinare non potuit: aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, *vid. infr. §. 4. & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covar. *de sponf. part. 2. c. 6. §. 8. num. 13.* Donell. *16. com. cap. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l. 8. l. si servus. 27. §. si fornicarius. 9.* & ibi Bus. *hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum ali-

aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap.* 7.

Qui latronem insidiantem] Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l.* 4. *hoc tit. l.* 5. *l.* 45. §. 4. *hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimatur, *l.* 3. *de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: sed & si alium quemcumque fero se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse, *d. l.* 4. *& l.* 5 *eod.*

Si aliter periculum effugere] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam.* 45. §. *pen. eod.* Itaque si quis, cùm posset intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l.* 5. Nec ultio permissa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatæ tutelæ, *l.* 1. *C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

De casu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quàm ex culpa quisque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

N*On minus ex dolo, quàm ex culpa*] Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quàm ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. supr. de hær. institut.* apud Ulpianum *l. jurisgentium.* 7. §. *pactorum.* 8. *de pact. l.* 3. §. 2. *de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum *l. solidum.* 85. *de solut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.*

De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

De curatione relicta.

6. *Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset, æquè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cùm equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

NOTÆ.

5. *Licèt non proclamavit*] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l.* 31.

6. *Qui servum secuit*] Quamvis bene, *l.* 18. *eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. *Si medicus*] *l.* 7. *in fin. & d. l.* 8. *pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l.* 6. §. 7. *de offic. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν μηδὲν παραλίπῃ τῶν ἰατρικῶν ἐνδεχομένων. Alexand. Aphrod. *in* 1. *Top. Arist.*

Perperam ei medicamentum] Ἀμαθῶς καὶ ἀσκέπτως, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperitè, temerè, inconsideratè.

COMMENTARIUS.

1 *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*

2 *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

AFferuntur hìc varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum & animum nocen-

nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solùm dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege* 44. *hoc tit.* & rectè: nam cùm potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quàm qui dat, æquum est, damnum quacumque culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l.*
2 9. §. *ult. hoc tit.* Quid verò dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestivè per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit Vvames. *cent.* 2. *consf.* 51. fac. Grot. 3. *jurispr. Bat. cap.* 33. Planè si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *d. l.* 9. §. *ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo] Arborem putare, factum planè licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter fit, aut unicuique transire jus est, & frondarot seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est: si verò proclamavit, nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eo locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. si putator.* 31. *hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur Romanis prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipsa fere publica est, *l.* 2. §. 22. *ne quid in loc. publ.* Sic Flacc. *de cond. agr.* Sueton. *Aug* 49. Theoph. *hic.*

Si medicus qui servum tuum secuit] Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit; (venæ sectionem seu incisionem intellige,) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Nimium qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitià quoque culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur.* 13. §. *si gemma.* 5. *locat. l. si servum.* 27. §. *si calicem.* 29. *hoc tit.* eoque pertinet *l. imperitia.* 132. *de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperitè, ἀμαθῶς ἢ ἀνεπιστημόνως, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.* 7. *in fin. & l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. 6. *var.* 19. Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantùm quod commisit per imperitiam, *l.* 6. §. *sicuti.* 7. *de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. *in* 1. *top. Arist.*
Culpa medici raro in judicium vocatur: quo- 2
niam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papon. 23. *tit.* 8. *art.* 1. refert, medicum, qui fortiorem solito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret. add. Groenevv. *ve ll. abr. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio, cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatum culpæ adnumerari. Quippe cùm nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, *l.* 8. §. 1. *eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur, & de hæredibus.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longè pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstimaretur.*

COM-

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi] Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cùm occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait lex. 21. l. inde Neratius. 23. §. idem Julianus. 3. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus: quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præciderétur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quàm artem cum pollice amisisset. Si mortiferè vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit, *d. l. ait lex. 21. §. 1.*

Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire] Constat, hanc actionem hæredi dari: sed in hæredem non datur, cùm sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior hæres factus sit, *d. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, *§. 1. infr. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari; de quo latius alibi, *§. ult. supr. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solùm eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occisionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnis servandi, quàm coercendi adversarii causa fieri existimatur. Gudel. *de jur. nov. lib. 3. cap. 13.* Grot. *3. introd. 32. & 34.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10. *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solùm perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quàm is jussu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solùm occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.*

NOTÆ.

10. *Depretiati sunt*] Utitur eo verbo Paul. *l. 22. §. 1.* Tertull. *ad Nation. 1. cap. 10.* Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἐλαττωθέντες.

COMMENTARIUS.

Non ex verbis legis, sed ex interpretatione] Lex de æstimatione perempti corporis tantùm locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait lex. 21. §. ult. cum ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quàm ex scripti ambiguitate: ut bene Hotoman. *hic.* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, vid. *§. ult. inf.*

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex. 21. §. ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius. 23. §. in summa. 6. eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quàm quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum. 33. hoc tit. l. pretia. 63. ad leg. Falcid.*

Si servum tuum hæredem] Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hæreditatem adiret, occisus sit, etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius. 23. hoc tit.*

Item si ex pari mularum] *l. proinde. 22. §. 1. eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solùm perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

TEX-

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

SI dolo servus occisus sit, non tantùm privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius.* 23. §. *si dolo.* 9. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Corn. de sicar.* Addit Ulp. *in d. l. inde Neratius.* 23. §. *si dolo.* 9. si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio sensu Paulus in *l.* 4. *de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantùm pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* add. Schneid. §. *injuria.* 2. *num.* 11. *sup. ad hunc* §. *num.* 1. De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus *in l. servum.* 27. §. 4 *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cùm id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re nostra illæsa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Rom. h. t.* §. 9. *edit. sec.* HEIN.

TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

13. *Capite tertio*] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.* 27. §. 5. *eod.* ejusdemque *l.* §. 7. & deinceps fusè explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris si liber homo vulneratus: & quid eo casu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto. l. si servus.* 27. §. *tertio.* 5. *hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, *d. l.* 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. §. 23. Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. servus.* 27. §. *item si.* 7. Æquè si quis vinum effuderit,

derit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo. 15. & §. si quis. 18. cum §. seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum. 29. §. hac actione. 6. eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur.

2 Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *l. liber homo. 13. eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l. 7. eod. l. cum duobus. 52. §. socium. 16. pro soc.* Cujac. 21. *obs.* 20. add. Grot. 3. *introd. c.* 34. Motibus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit; quamvis propriè hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. l. 3. si quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoque modo corruptum] Verbum *ruperit* fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur & usta, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa: & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus. 27. §. inquit, 13. cum 3. §§. seqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

SI *dolo aut culpa*] In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit. 30. §. penult. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, quum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, *l. 53. ff. de furt.* quasi-delictum ex culpa. Unde non absurdè Cel. Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset: quamvis facta à potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add *Elem. nostra Jur. secund. ord. Instit. §. 1034. §. 1081.* HEIN.

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l. si servus. 27. §. tertio. 5. eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quàm in primo, tamquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec plurimi quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit; perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent, *plurimi*, sic tamen accepta sunt, *l. quemadmodum. 29. §. ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c.] Rectius dixisset *legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*, ut hic notat Hotomannus.

TEXTUS.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit; ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exa-*

exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit; utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Notæ.

16. *Si quis præcipuè corpore suo*] Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l. 51. eod.* Directa actio hìc intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod scriptum est, descendit.

Qui alio modo, &c. utiles actiones] Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. 47. §. 1. de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. hoc tit.*

Alienum servum de ponte] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit, aut continuo submersus fit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. §. pen.*

Ipsa lege Aquilia] Ex ipsis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

Neque corpus læsum] Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est, *l. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à prætore defectum legis supplente datur, *l. 11. de præscr. verb.*

Misericordia ductus] *d. l. 7. §. 7. de dolo*. Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

Commentarius.

1 *Directa actio quot modis dicatur?*
2 *Actio utilis quid: & qua ratione, quando & quibus introducatur?*
3 *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quàm quæ ex verbis: utilem, quæ, tamquam ex sententia per interpretationem extensivam, in factum, cui nec oratio nec sententia convenit.*
4 *Utilem, quo tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

Ut hic locus plenè intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus usurpari. Nam primum directa actio 1
dicitur principalis opposita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem. 13. l. si quis. 17. ad exhibend.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia, &c. vide nostra ad *§. 2. sup. quibus modis re contr. oblig. §. 1. sup. de obligat. quæ quasi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, *§. omnis. 5. infr. de nox. action.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est. Utilis actio sic in uni- 2
versum describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta juris ratione, ex æquitate introducitur. Id verò fit bifariam; vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi apertè verbis edicti propositæ sint, *§. namque. 4. infr. de action. l. tutor. 16. §. ult. de pign. act. l. electio. 26. §. 2. de nox. act. l. 1. de superfic. l. ult. C. quib. ex ca. maj.* Quamquam si jus prætorium 3
absolutè spectamus, quædam actiones hoc jure proditæ directæ, quædam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen. §. ult. de his qui dej. vel eff.* ut apparet ex *l. nec quasi. 70. de rei vind. l. 1. l. si Titio. 22. de pignor. l. in eum. 19. in pr. de instit. act. l. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. C. de precar.* Sed & jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantùm actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *l. si cum. 16. de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. ex legato. 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actio-

nem

nem quæramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de don. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis apertè expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expressè jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interfit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset, ejus omnis, quod interest, æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud.* 10. *supr. eod.* At verò ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta actio, inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris, ea non directa, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actio-*
4 *num.* 11. *de præscr. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum numquam significari actionem illam utilem; quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in *l. qua actione.* 7. §. *proinde.* 3. *l. item si.* 9. *in pr. l. item Mela.* 11. §. *sed si.* 8. *l. quemadmodum.* 29. §. *pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam; quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l.* 11. *de præscr. verb. l. si servum.* 33. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dol. & hoc tit. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo] Add. *l. ita vulneratus.* 51. *in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione.* 7. §. 3. & §. *Celsus.* 6. *l. item. si.* 9. *fere per tot. tit. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *d. l. qua actione in pr. l. item Mela.* 11. §. *sed si.* 8. *l. liber homo.* 13. *pr. eod.*

Neque corpus læsum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea, quæ jam dicta sunt, *l.* 11. *de præscr. verb. l. si servum.* 33. *in fin. hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dolo.*

TITULUS QUARTUS.
DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Tit. 35. & 36.

Continuatio, & argumentum tituli.

Quarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant, aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομίαν & ἀδικίαν vocant: cùm enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* 1. & Ulpiano *l.* 1. *hoc tit.* ubi JC. ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* August. *Confess.* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

Cùm judex non jure contra quem pronuntiat] Si judex inîquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l. ut. de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l.* 1. *hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est. Aristot. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

Omne quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod

quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quàm injustitia: est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in *Paradox. Quocumque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt. Injuria*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l. 1.* contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Arist. *lib. 5. ethic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. si unus. 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum *ad Herennium lib. 4. cap. 25.* definitur: *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ergo sic injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo] Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam dixerit, eum, qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantùm cùm judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cùm per errorem aut imprudentiam, *l. si per 51. de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum verè maleficium est, alterum propriè non est, sed quasi maleficium, ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *l. pen. de just. & jur.* legimus, prætorem quoque jus reddere, cùm iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod prætorem facere convenit: sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est; πρὸς τὸ φαινόμενον, non πρὸς τὸ ὄν.

T e x t u s.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non solum cùm quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convitium factum fuerit: sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

N o t æ.

1. *Matremfam. aut prætextatum, &c.*] Erat autem prætexta puerile vestimentum, *l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis insigne*, σύμβολον ἐλευθερίας, Philostrat. *in Herode.*

C o m m e n t a r i u s.

1 *Et quot modis injuria fiat?*
2 *Convitium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?*
3 *An & quando veritas convitii excuset injuriantem?*
4 *An eum relevet præfatio honoris?*
5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere?*
6 *Famosi libelli quàm varia pœna.*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœna capitali* l. un. C. de famos. libel. *quando locus?*
9 *Adsectari cur injuriosum?*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ?*

Interpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis: vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis. Vinn. At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit. Hein.

Cùm quis pugno pulsatus] Propriè injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l. 1. §. 1.* 1
Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum. 13. §. 3. eod.*

aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, *l. si injuria.* 20. *eod.* cui simile, quod hìc proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *l. item apud.* 15. §. *generaliter.* 27. *l. vestem.* 39. *eod.* Cujac. 6. *obs.* 5. & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, *ὕβρις γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἡ κατ' αὐτὸ ἔργον αἰσχρόν.* Eustath. *ad Odyss. α.* add. Damhoud. *prax. crim. c.* 140. Thesaur. *dec.* 22. 9.

2 *Convitium factum*] *l. item apud.* 15. §. *ait prætor.* 2. *& seqq. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatione vocum. Nam cùm in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convocium*. Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. item apud.* 15. §. *convitium.* 4. & §. *ex his.* 11. *cum seqq.* Verùm hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Vall. 6. *elegant.* 52. negans, usquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam custoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convitium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inst. lib.* 7. *cap.* 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione *pro Cælio cap.* 3. hæc sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter contumaciam, quæ si petulantius jactatur, convitium: sin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii usurpatur in *l.* 5. *C. hoc tit.* Quicquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud.* 15. §. *si quis.* 33. *eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud.* 15. §. *appellare.* 20. Vinn. Consulendus hìc omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. Vet.* p. 191. *sequ.* Hein. Tria fere hìc quæri solent.

3 Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem? Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publicè intersit illud sciri: veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. eum qui.* 18. *in pr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, si infamaverit apud magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Sin autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem hìc admittendam, *arg. l.* 5. *C. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *resol.* 6. *num.* 2. Mynſ. 4. *obs.* 4. Gail. 2. *obs.* 99. Covar. 1. *resol.* 11. *num.* 6. & 7. Clar. *lib.* 5. §. *injuria. num.* 15. Vvesemb. *parat. n.* 8. Atque hanc distinctionem passim in judicando servari tradit Christin. *vol.* 4. *dec.* 202. *n.* 32. add. D. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 7. Alterum est, an injurian- 4
tem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi, veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari solet, vid. Gail. 2. *obs.* 101. *n.* 1. Guid. Pap. *dec.* 465. *in fin.* Covar. 1. *resol.* 11. *n.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria.* 13. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. decis.* 1. *n.* 3.
Tertium est, an verbis factam injuriam verbis 5
retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum.* 14. §. *si libertus.* 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantùm quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cùm hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid. Mynſ. *cent.* 5. *obs.* 17. Gail. 2. *obs.* 100. Tulden. *in C. h. t. n.* 4.

Sive cujus bona quasi debitoris] Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, ut ait Cicero pro *Quint. cap.* 15. Est autem hæc injuria realis: cui similis species est quæ proponitur in *l. si injuriæ.* 20. *hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, *l.* 3. § 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima est famosus libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta
affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duo- 6
decim tabularum capitalis fuit, ut apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat Augu-

stinus

stionis 2. *de civ. Dei. cap.* 9. *Nostra*, inquit, XII. *tabulæ, cùm perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclarè. Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l.* 5. §. *si quis.* 9. *hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse jubeti.* Novissimè id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit.

7 Quid ergo si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur Schneid. *hic. n.* 5. non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit, sed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & publicare. Verùm hoc aliis displicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti verò auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l.* 5. §. *ult. hoc tit.* ita ut hoc rectè factum compenset invidiam non aboliti scripti: cùm nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur, ut dispu-

8 tat D. Tuld. *hic. cap.* 3. Cæterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, quâ coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias verò mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in *d. l. un.* Joan. de Plat. & Schneid. *hic.* Gomez. 3. *res.* 6. *n.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 101. *num.* 36. Quod autem D. Vvesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solùm scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, scelestus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quàm si certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap.* 1. & 3. *cap.* 5. *quæst.* 1. Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. Clar. §. *fin. q.* 68. *n.* 25. & Bajard. *in add. ibid. num.* 64. & *seq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Groenevv. *de ll. abrog. C. de fam. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve affectatus] Affectatur, qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. Ulp. *l. item apud.* 15. §. *aliud.* 22. *hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico ejus adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, *l. pronunciatum.* 46. §. 1. *de verb. sign.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur: quod fiebat usque ad annum decimum septimum: quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili; ut meminit Cicero in *proœmio Lælii*. Hinc ætas prætextata Gellio *lib.* 1. *noct. cap.* 23. mores prætextati Juvenali *satyr.* 2. *vers. ult.* sermo prætextatus, qui aliis est 10 sermo apertè obscœnus. Sueton. *in Vespas. cap.* 22. Macrob. 2. *Saturnal.* 1. aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de senat.* Joan. Britan. *in d. satyr.* 2. *vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & nuptæ à prætextis, quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur, quia à prætextato vel prætextata comites abduxerit *l.* 15. §. 17. *h. t.* de quo contumeliæ genere add. Casaub. *ad Pers. Sat.* 5. *v.* 30. HEIN.

Pudicitia attentata] Attentari pudicitia alicujus dicitur, cùm id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l.* 9. §. *ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit: hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. item apud.* 15. §. *appellare.* 20. & §. *aliud.* 22. Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria. 11

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, socero & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solùm filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

COMMENTARIUS.

PAtitur quis injuriam non solùm directò per se, sed etiam obliquè per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si verò id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & sic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l.* 1. §. 6. & *fi.* 4. & §. *quoties.* 6.

Per liberos quos in potestate] Hic immediatè ipsis liberis fit injuria, & mediatè per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantùm datur: non filio: nisi pater aut præsens non sit, aut sit vilis abjectæque conditionis persona, *l. sed si.* 17. §. *ait prætor.* 10. *cum* §§. *seqq. l. pr. ter.* 41. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur in *l.* 1. §. *ult. eod.* filiæfam. actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si.* 17. §. *planè.* 12. Planè ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem prætoria actio competit, *l.* 5. §. *illud.* 6. & *seq. eod.* Usque adeo autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l.* 1. §. *usque.* 5. *l. si quis.* 26. *eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantùm uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tanquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l.* 1. §. *ult. l. non solùm.* 11. §. *quamquam.* 7. *l. eum qui.* 18. §. 2. *eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud.* 15. §. *sponsum.* 24. *eod.*

Filiæ alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium consumitur, *d. l.* 1. §. *ult.*

Uxor injuriarum agere non potest] Si viro facta sit injuria, uxor non agit, *l.* 2. *eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *l.* 8. *de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ἐπεὶ ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. c.* 5. *vers.* 23. Planè si injuria marito facta directò quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt interpretes. VINN. Hæ rationes hodie non malæ sunt, originem tamen hujus juris non indicant. Videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiof. factam. Uxores enim veteres jure fuisse loco filiarumf. jam alibi demonstravimus. Vid. *Antiqu. nostr. Rom.* 1. 10. 6. *p.* 135. Sed postea rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & socer, &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiofam. quatuor personæ actionem habebunt, illa ipsa, pater ejus, & maritus, & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegant D. Tulden. *c.* 9.

TEXTUS.

De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

DUo hîc docemur. 1. servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde

inde si servo convitium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud.* 15. §. *itaque.* 44. *hoc tit.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit, *d. l. item apud* 15. §. *si quis.* 35. Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factam non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud.* 35. junct. §. 44. Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non reliquit. Et esset sanè perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud.* 15. §. *prætor.* 34. *cum seq.* & §. *prætor.* 43. *cum seq.*

Textus.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

Notæ.

4. *Ex dominorum persona*] Per enim absurdum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, §. 9. *infr. eod.* Neq; obstat *l.* 16. *eod.* Vide plura in comment.

Commentarius.

Ob injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur: Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere paret. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox.* 9. *infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cùm forte is senator sit, alter persona humilis,) majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non.* 16. *eod.* non esse æquum, in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quàm pro qua quisque dominus est: quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica duntaxat: & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quàm pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: immo verba Pauli contrarium arguunt, cùm portiones officio judicis æstimari dicit.

Textus.

De servo fructuario.

5. *Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mevii, magis Mevio injuria fieri intelligitur.*

Commentarius.

Si servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quàm ei, qui habet usumfructum, *d. l. item apud.* 15. §. *antepen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. rectè.* 25. *de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Non si apertè in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *d. l. item apud.* 15. §. *pen. eod.*

Textus.

De eo qui bona fide servit.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.*

Commentarius.

Si iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud.* 15. §. *antepen.* & *pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumeliam illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gom. 3. *ref.* 6. *n.* 6. Schneid. *hic. n.* 2. Tuld. *cap.* 9.

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria oppellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus æstimationis constituatur.*

NOTÆ.

7. *In desuetudinem abiit*] Cujus desuetudinis causa fuit Veratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gell. *noct. Lib. XX. cap. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*
2 *Instituto prætorum quomodo injuriæ vindicentur?*

1 INjutiæ & legibus coercentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injutiis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit; ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit: nam atrociores, ut de osse fracto impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur; cui & Justin. consentit; sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus: in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *seq.*

Talio erat] Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exed. 21. Levit. 22. Deut. 15.* Joseph. *antiq. 4. cap. 6.* Insectatur hanc pœnam ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud Gell. *d. lib. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset, quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacisci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatum: atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam redüsse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

Propter os fractum] Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ.] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longè gravior erat, quàm reliquarum, quæ tantùm viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magna veterum paupertate]. His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariæ penuriâ. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longè quàm hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu, vid. Dion. Halicarn. *lib. 1.* Gell. *lib. 11. cap. 1.* Plin. *lib. 18. cap. 3.*

Sed postea prætores] Injuriarum pœna instituto prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib. 20. cap. 1.* refert, fuisse quemdam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ 2

pal-

palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcumque depalmaverat, ei numerari statim secundum XII. tab. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere, tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quàm in male noto, in mediastino, aut quali quali, *l. item apud. 15. §. itaque. 44. hoc tit.*

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l. 5. hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quàm quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat.

1 Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est: quamquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus 37. §. 1. eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit *l. licet. 42. §. 1. de procur.* & quod generaliter traditum est in *l. 7. C. hoc tit.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 12. in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tamquam delicti publici, patuisse omnibus: quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebat, bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] Ofilius scribit, verberare esse cum dolore cædere, pulsare, sine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari. VINN. Aliquando tamen & veteres auctores distinguunt τὸ pulsare & τὸ verberare, tamquam minus & majus. Vid. V. C. Car. Andr. Duker. *de Latin. Vet. JCt. p. 147.* HEIN.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus domine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc descriptæ sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l. 5. §. si tamen. 5. eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æstimatur, vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.*

COMMENTARIUS.

1 *Pœna injuriæ, magistratui, officiali aut apparitori factæ, quatenus extendantur ex sententia Interpretum?*

INjuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l. 7. §. atrocem. 7. hoc tit.* eoque vel specie talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum ll. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto] In æstimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illa-

tum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussum, *d. l. 7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. Liban. *orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco] Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem efficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d. l. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit ludis aut in conspectu magistratus: quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l. 7. §. ult. eod.*

Vel ex persona] Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, *l. 4. C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem; aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 9. §. ult.* Tertullianus *de anima*: *Gravis injuria in præsidem est, cùm officia pulsantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur.*

1 Hanc autem injuriam etiam capitali pœna posse compesci, censent Decius *in cap. ex litteris. t. 1. x. de constit.* Menoch. *de arbitr. cas. 239.* quamquam alii interesse putant, utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratu, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio, *l. 3. l. qui. dolo. 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide Tulden. *tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissimè puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. Ant. Fab. *C. suo, hoc tit. definition. 6.*

Locus vulneris] Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. c. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vita distinguunt à morte, ὀφθαλμοὶ εἶναι ἀξίωμα [illegible]. Basil. *orat. 36.* Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrifam. an filiofam.] Utrum injuria patri an filiofam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiif. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quadam consuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantùm civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam æstimat. Cæterum Judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed, ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui nebulam hîc etiam objiciente iracundia, *§. pœna. 7. sup. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi conviciis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus Ant. Matth. *ff. ad hunc tit. cap. 5. n. 7.* Criminalem hanc esse actionem contendit Maranr. *part 4. dist. 1. n. 10.* Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco: sed tantùm ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. Myns. 2. *obs. 98.* Gail. 1. *obs. 65.* VVurms. 1. *pract. tit. 47. obs. 8.* Criminalis

actio-

actione poscitur vindicta in exemplum publi-
2 cum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alterum consumit: quia utraque ad eumdem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *n. 2.* Gail. *d. obs. n. 1.* Marant. *d. dist. n. 5.* Matth. *d. loc. n. 8.* Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. h. t. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos.*
3 *18. C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit.* fac. ratio in *l. 3. C. de sent. & interl.* Addunt ergo interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut actore nolente recipere apud acta deposuerit, *arg. l. si reus. 73. de procur.* Gail. *2. obs. 102. num. 12. & obs. seq. per tot.* Vvurmser. *d. tit. 47. obs. 5. num. 7.* Vvesemb. *parat. de his qui not. infam. n. 9.* Christin. *vol. 4. decis. 202. num. 26.* Quod nescio an juri nostro consentaneum sit, Nam textus in *d. l. si reus. 73. de procur.* commodè accipi potest de iis, quibus tantùm damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cùm etiam plus sit solvere, quàm pacisci, *arg. l. 4. §. ult. cum leg. seq.* junct. *l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. Gail. *1. obs. 65. num. 6.* Vvesemb. *cons. 22. n. 26.* Marq. Freher. *de existim lib. 5. cap. 8 & seq.* Christin. *vol. 4. num. 20. dec. 202.* Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo. 13. §. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum ut sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam. 4. ad SC. Turp.* & regula tradita in *l. non poterit. 63. de furt.* Zas. *in l. acta. 45. §. de amplianda. 1. de re judic.* Donell. *18. comm. 8.*

Viri illustres & per procuratores.] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solum. 11. §. 2. h. t.* criminaliter non potest, nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus, veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. C. h. t.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur Christin. *vol. 4. decis. 202. n. 7.* Bus. in *l. licet. 42. §. 1. de procur.* Vinn. Et id ubique observatur, partim quia inscriptio hodie cessat, partim quia non amplius aliquis usus est domini litis. Cessante autem caussa unica & adæquata, effectum etiam cessare oportere palam est. Hein.

Textus.

Qui teneantur injuriarum.

11. *Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verùm ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur.*

Commentarius.

Actio injuriarum non solùm adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verùm adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solùm. 11. pr. h. t.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3.* Add. quæ notamus ad *§. illud. 7. sup. de mand.*

Textus.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.*

Commentarius.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur?*
3 *An idem obtineat & in reali injuria?*
4 *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse commitionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

Injuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis eum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. si sibi. 17. §. 1. l. si unus. 27. §. 2. de pact. l. sed si. 17. §. si ante. 6. hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. 1

Quip-

Quippe quæ ob damnum, non ob contu-
meliam debentur, *l. item apud.* 15. §. *si
quis.* 45. *eod.* Clar. *lib.* 5. §. *fin.* q. 58. *n.*
38. Covar. 2. *resol.* 10. *n.* 7. Gomez. 3.
res. 3. *n.* 37. Vel tacita, veluti si quis sine
ullo offensæ aut commoti alienative animi
indicio injuriam excepit, ut hic docet Ju-
stinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc*
2 *tit.* Ubi Jurisconsultus ait, injuriarum a-
ctionem ex bono & æquo esse, & dissimu-
latione aboleri, si quis injuriam illatam
statim ad animum non revocaverit. Qui-
bus verbis significat, dissimulationem esse
speciem quamdam condonationis & remis-
sionis injuriæ; iniquum autem esse repeti,
quod semel remissum est. Et profecto cùm
actio injuriarum non persequatur damnum
aliquod pecuniarium, sed tantùm ad vin-
dictam tendat, is qui dissimulat, nec ad
animum injuriam revocat, eam insuper ha-
bere videtur, & tacitè condonare ac re-
mittere: atque hinc est, quod clausula
hæc libello inseri solet, quod actor inju-
3 riam sibi factam ad animum revocaverit.
Hoc autem obtinere quidam volunt in in-
juria verbali dumtaxat. In reali verò, pu-
ta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæ-
sus, conjecturam illam non sufficere. Tul-
4 den. *hic. cap. ult.* Dissimulationis quoque &
tacitæ remissionis species quædam videtur,
si quis cum eo, à quo injuria affectus est,
familiariter postea fuerit conversatus. Clar.
§. *injuria. num.* 10. Damhoud. *prax. crimi.
cap.* 136. *n.* 19. Utique si sponte & motu
proprio. Nam verbi causa, si ad commu-
ne convivium vocatus cum adversario vene-
rit, non ideo censetur remissa injuriarum
actio. Sicut nec communione cœnæ domi-
nicæ, uti definivit Curia Frisiæ, teste D.
Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 12. Ant.
Matth. *ff. hoc tit. num.* 15. quem vide. Nec
vel. Item si injuriam passus lite non insti-
tuta decesserit: nam ideo hæredi ejus non
datur, cùm cæteræ actiones pœnales etiam
hæredibus competant, *l. injuriarum.* 13. *in
pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

Et denique si tempus instituendæ huic actio-
ni præfinitum elabi passus sit, annum nimi-
rum unum, *l. sed si.* 17. §. *si ante.* 6. *in
fin. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Utrum autem hic 5
annus continuus sit, an utilis, ambigitur.
Continuum intelligi debere communis DD.
schola existimat, Clar. *d.* §. *injuria. num.*
9. Mynf. 5. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu
forensi recepta est, de jure tamen verior vi-
detur eorum, qui utilem accipiunt, per
text. in *l. item si.* 14. § *si causa.* 2. *quod
met. ca.* & facit quod in cæteris prætoriis an-
nalibus annus utilis intelligitur, ut constat
ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur
autem tempus utile tum ratione decursus,
ut in eo non computentur dies, quibus ex-
periundi aut judicis adeundi potestas non
est, *l.* 1. *in fin. de divers. & temp. præscr.
l.* 3. §. *ult. de accus.* tum ratione initii,
quod non incipiat currere ignoranti aut expe-
riri impedito, *d. l.* 1. *de div. & temp. præsc.
l.* 2. *quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem
respectu utilem hic annum accipiendum, qui
à die scientiæ demum currat; contra Oldend.
class. 7. *act.* 10. Schneid. *ad* §. *sed &* 8.
hoc tit. & alios quosdam, rectè docent Gail.
2. *obs.* 105. Mynf. 5. *obs.* 7. *num.* 7. Fachin.
9. *cont.* 8. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *num.*
8. 9. & 10. Planè quod dicimus, actionem 6
injuriarum anni spatio finiri, id tantùm per-
tinet ad actionem prætoriam: nam eam,
quæ ex lege Cornelia injuriarum competit,
verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ,
quæ ex legibus & jure civili descendunt,
inst. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. *d.* §.
injuria n. 9. Marant. *part.* 4. *distinct.* 1. *n.*
59. Fachin. 9. *controv.* 7. quod etiam rerum
judicatarum auctoritate confirmatur. Mynf.
1. *observ.* 84. & 5. *observ.* 7. Gail. 2. *observ.*
105. VVurmser. *tit.* 47. *de injur. observ.* 1.
dec. Cur. Holl. 13. D. Joan. à Sande *lib.* 5.
tit. 8. *defin.* 3. Non obstat huic sententiæ *l.*
5. *C. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria
loquitur, sed de verbali dumtaxat; quo
nomine constat ex lege Cornelia injuriarum
agi non posse.

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 5. C. Lib. 9. Tit. 3.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum?

QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet reverà contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta pro-

propius accedunt, quàm ad contractus: quæ ideo nostri *quasi maleficia* & *quasi delicta* appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquè ex delicto obligetur ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.*

2 *Cur, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur?*

3 *Dolus judicis quomodo puniatur?*

SPecies quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur est, si judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, *l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cùm sit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, *§. Imperitia.*
1 *7. supr. de leg. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantùm quasi ex delicto: Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ; Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. si gemma. 5. locat.* Denique casus hic separatus est à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coercetur, *§. ult. supr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantùm per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: testis D. Tulden. *hic. cap. 1.* & Joseph. Ludovic. *dec. 1. n. 50.* Barro *comment. part. ult.* Burgnon. *lib. 1. de leg. abrog. Satyr. 2. & 124.* add. Papon. *lib. 16. tit. 2. arrest. 12. 13. 14.*

Litem suam fecerit] Litem suam facere, judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex judice fit reus. Cicero *2. de orat. cap. 75. Quid si, cùm pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem suam facit, non tantùm cùm dolo malo iniquè decernit, sed etiam cùm imprudenter: sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur, *d. l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* 2 Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori, si reus injustè absolutus est; reo si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quàm quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. 3 Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui τοῖς χρήμασιν ἡττώμενος, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, *l. filiusfam. 15. §. 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui male jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.*

TEXTUS.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum

con-

constituta est. De eo verò, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.

NOTÆ.

1. *Ob alterius culpam*] Habitator suam suorumque culpam præstare debet, *l. pen. d. tit.*

Pœna decem aureorum] Adversus eum, qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem aureos datur, *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.*

Judex computare debet mercedes] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

SEcunda species quasi maleficii est; non præcavere, ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *l. 5. §. is quoque. pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.*

Vel proprio ipsius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cùm quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes planè non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multùm autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cùm uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est, *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effusumve] In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod meritò prætor edixit: quippe cùm publicè intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.*

Ideo non propriè ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is propriè dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse, quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante prætores cavisse legem Aquiliam, existimat V. A. Corn. van Bynkersh. *Obs. 1. 13.* immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt, (sunt autem verisimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

Positum aut suspensum] Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *l. 5. §. is quoque. 5. de oblig. & act.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 5. §. prætor ait. 6. cum seqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* Nam privata esse non potest, quoniam competit, cùm nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *l. 1. in pr. d. tit.* Hæc igitur actio gravior est, quàm civilis ex lege Aquilia; quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, *§. sed furti. 26. in fin. de act.* nimirum prætor securitati viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l. 5. §. cum autem. 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *l. 1. in pr. d. tit.* Damni æstimatio hìc non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l. 1. §. sed cùm. 5. eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem. 5. eod.* junct. *l. 12. de verb. signif.*

Si vivat, nocitumque ei esse dicatur] Hæc ver-

verba edicti, *si vivat, necisumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hac autem. 6.* puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d l. 1. in pr.* quæ læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hac autem. 5.* In iis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cùm hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. Groenevv. *de leg. abrog.* hic, & ibi citatos: & adde, quæ notavimus *sup. ad pr. n. 2. & §. his autem. 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

De filiofamilias seorsim habitante à patre.

2. *Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

NOTÆ.

2. *In patrem nullam esse actionem.*] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur, quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre numquam agitur, *§ ult. inf. de nox. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur? & num. 2.*

SI ex filiisfam. seorsum à patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit; non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *l. 5. §. is quoque. penult. de obligat. & action.* In patrem de peculio
1 ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qua dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiisfa. ullo modo eum patre agi potest, non actione noxali, *§. ult. inf. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus. 58. de R. J.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facto filii pro modo peculii obligari, cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Planè si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pec.*

Quod & in filiofam. judice] Filiusfam. judex si litem suam fecerit, non pater, sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfam. 15. de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius diceba- 2 mus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cùm filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusfam. 15.* qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cùm sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. *ad d. l.* Cujac. 13. *obs.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit; quæ heredibus quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

NOTÆ.

3. *Item exercitor navis*] Ex Cajo *l. 6. §. ult. de oblig. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, caupones, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen. §. ult. d. tit.*

De dolo] *d. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam, *l. 5. §. 1. naut. caup.*

Caupona aut stabulo] Apparet, stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio, ut alias sæpe: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. naut. caup. stab.* pro ταμεῖον κτηνῶν.

Com-

COMMENTARIUS.

De damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *l. 1. naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cùm damnum datum est, aut res periit sine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l. 3. §. 1. dict. tit.* quo loco & *d. l. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quàm in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cùm ex contractu descendat, huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *l. pen. §. ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *l. 5. §. ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *d. l. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *d. l. ult. §. 2. naut. caup. stab.* sed prior illa ex contractu, *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in pr. eod.* Illa pœnalis est in duplum, *d. l. ult. §. 1.* quia prætor utilitatem hìc etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo] Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχεῖον, vel καταλύματι sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. ff. d. titul.* παρ᾽ ὧν κτηνῶν, ἱστανόμενα, ἱστανόμενα, cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. l. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

Continuatio.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum interpp. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit?*
4 *Ex quo jure actiones proficiscantur, accurata dissertatio.*
5 *Actionis nomen quàm latè pateat?*
6 *Quot modis usurpetur à nostris? & quæ significatio huc pertineat?*

Superest] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sanè Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti; atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non absque adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis luscitioso perviderì queat. 1 Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *titul. de jur. nat. gent. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit. Igitur cùm primus locus in ista partitione, & merito quidem tribu-

tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de oblig.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hìc jam

2 suscipitur. Hinc verò perspicuum est, errare, quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. praeced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eamdem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hìc de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur, hìc de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum dumtaxat, quæ in personam sunt: & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & ma-

3 teria separata est. Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione eùm rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *l. bonorum. 39. de verbor. sign.* ad idem planè objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quàm quatenus est via sive medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut rectè Timæus Fab. *disp. de action. thes. 1.* Vix interpretem inveneris, quin hìc in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jure gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minimè obscura. Sed nimirum nihil tam

4 clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla umquam gens, aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Ad hæc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere, trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certè frustra sis, id si voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10. Fœdum est*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum:* & statim: *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* fac. *l. non est singulis. 176. de reg. jur. l. extat. 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicentia ac solertia commendatur, hìc cæcutire contingit, ut temere atque inconsideratè contendant, actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus. 6. de orig. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Rom. propria? quam scilicet à prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias; quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum. 15. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat; quasi verò quod non producat, non sit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantùm obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinent, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones; per *l. 6. de just. & jur.*

De actionibus] Nomen actionis latissimè patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passio- 5
ni

ni opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cùm ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, numquam verbo agendi, cùm ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, numquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed
6 cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *l. penult. si ex nox. caus. arg. l. ult. de privat. delict. l. 1. de crimin. stell. l. 18. de accus. l. 4. C. de edendo. rubr. C. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quàm in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissimè, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantùm, verùm etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur. *l. actionis. 37. de oblig. & act. l. actionis. 34. l. pecuniæ. 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum. 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen, quàm ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. sed & hæ. 35. §. 2. l. non solum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque angustissimè, ut solam denotet actionem in personam, *l. actio. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, *§. 2. supr. quib. mod. obl. toll. l. & uno. 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. erc.* & prætor promiscuè nunc actionem, nunc judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

NOTÆ.

Jus persequendi] Auctor hujus definitionis Celsus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quàm quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet: qua consideratione cùm rerum nostratum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid significet.*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8 *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum qua tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse; contra Donell.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*
15 *Item actioni injuriarum, & petitioni usurarum.*

ACtio nihil aliud est, quàm jus] Auctor hujus 1
definitionis est Celsus, in *l. nihil aliud. 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris; adeoque apud omnes Latinè loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cùm dicunt Jurisconsulti formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cùm

cùm prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat; nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est, etiam antequam prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam consideres, formula tamen propriè dici non potest, magis quàm emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cùm actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. rectè dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Planè de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio] His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cùm olim in specie cognitionis extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.*

3 *In judicio*] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate; sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *L. extat. 13. quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum
4 quod attinet, diversa veteribus sunt, *In jure* & *in judicio*. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea propriè, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eumdem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur à celeberrimo Ger. Noodtio, *lib. 1. de jurisd. cap. 6. & 8.* ubi docuit, prætorem de jure; judicem de facto cognovisse & hoc institutum ipsi urbi fuisse coævum, siquidem Dionys. Halic. *lib. 2.* refert Romulum quædam per se cognovisse, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente *num. 5.* proponit. HEIN. Operæ 5
pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipsum, utpote juri dicundo civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plenè cognovisse & judicasse, verisimile est. Verùm postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente verò tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus, obtinuit, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur Scip. Gent. *2. de jurisd. 8.* Coras. *3. misc. 18.* Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon. *2. de antiq. jur. civ. cap. 18. & seq.* Nullam verò jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam dumtaxat notionem, hoc est cognoscendi tantùm & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, *l. 5. l. 15. l. judex. 55. de re jud.* Apud hos judicium exerceri propriè dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de jurisd.* Usque adeo verò hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse prætor judicium umquam susciperet, &, si fides Duareno *lib. 1. disp. 53.* ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l. 4. de tut. dat. l. ult. de off. præt. l. 8. & 9. de off. præf. l. 2. C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrarium fuisse existimant argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto.* Quod in medio relinquimus. Illud constat, ex- 6

Vinnius in Institut. Hhh ce-

ceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur, & disceptabantur à prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l. 1. de extr. cogn.* persecutio fideicommissi, *l. 178. §. 2 de verb. sign.* Ulp. *tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt, *l. 1. § 2 de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min.* Cujacius *par. C. ubi ca. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectene an secus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l. 1. § 2. de rei vind.* apertè separantur à cognitione prætoria. Et in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. ca.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l. 7. §. 1. & seqq. l. 41. §. 1. de lib. ca. l. servus. 34. §. ult. vers. quid ergo. de statulib. l. 7. §. 1. in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Bacch.* & Sueton. in *Vespas. cap.* 3. refert, *Flaviam quamdam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam*. Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguemus. 32. §. de liberali. 7. de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere, quàm sint compromissarii, vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati; sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l. 1. C. de off. præt.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. Ræv. 3. *var.* 20. Hotoman. *6. obs. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifestè refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, *§. ult. Inst. de interd.* In Judicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, rectè judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hìc explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscuè apud quemvis judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex: commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum 7
olim fuit Roma: quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma 33. ad Munic.* Nam omnes, qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. omnes. 4. & seqq. l. non alias. 24. de judic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. Commune forum item rectè dixeris, in quo quisquis 8
conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantùm inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. C. de jurisdict.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich. restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi disertè agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis numquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cùm statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum 9
invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti queant. Gudelin. *lib. 4. cap. 2.* latè Peck. *in tractat. de jur. sistend.* Proprium forum est, quod præter com- 10
mune tribuunt causæ singulæ, veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem. 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *l. 2. §. 4. l. 19. in princ. & §. 1. l. argentarium. 45. de judic* textus est in *cap. 1. §. contrahentes. 3. v. de for. comp. in 6.* Covar. 1. *quæst. 10. n.* 3. Sichard. & Vultejus in *l. 2. C. de jurisdict.* Ant. Fab. *C. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin.* 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. l. 19. §. 1. dict. l. 45.* Sin autem expressè cautum ut alio loco, quàm in quo negotium gestum est, res præstetur, hìc locus accipiendus tamquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. contraxisse. 21. de oblig. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere. 65. de judic.* sic ut *l. hæres. 19. de jud. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de oblig. & act.*

& act. non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol. 5. decis.*
11 164. In actionibus io rem speciale forum triboit locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium interprerum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt; per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hæred.* Quamquam Gudelinus notat, praxim illud maximè observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem oullam domicilii rationem haberi, sed unum tantùm esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se drfendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Quo & ipse aliquando inelinsvi propter *l. quod legatur. 38. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstandi necessitas noo cœpit, eo in loco ubi res est offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipoè Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile eveniri posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeo magni momenti est. Nam prçterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani io judiciis realibus ordinariam hsnc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor jursverit, *l. ejus rei. 46. cum seq. de rei vind. l. 5. & 8. de in lit.*
12 *jur.* Quæstiones crimioum ubi exerceantur, docer *l. 1. & 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter protogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimut, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum: Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli. 10. C. de jud.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus soleot tractari; quæstiones verò proprietatis apud cujusque loci magistratum, Gudelin. *lib. 4. cap. 5.* ubi de foro competente latè & eleganter disputat, *art. 19. instr. sup. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cùm alius judex, quàm cujus notio est, ex conventione aditur, *l. 18. de jurisd. l. 1. de judic.* de quo coosule DD. *ad dict. l. 1. & c. si diligenti. 12. x. de for. comp.* Christin. *vol. 2. dec. 160.*

Quid sibi debetur] Hotom. *3. obs. 17.* addit, *vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, propriè ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. Quintus Mucius. 27. §. 2. l. scribis. 34. in pr. de aur. arg.*
leg. Sed quid prohibet, verbum debendi laxius ac- 13
cipere, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare tenetur, quamvis facto suo ad id se non obstrinxerit? Convenit certè hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clarè ostendit. Nec deest veterum auctoritas; nam & Ulpian. io *l. pecuniæ. 178. §. ultim.* scribit, hoc verbum *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Planè persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat, vindictam criminis, *l. 9. §.*
quod illicitè. 5. de publican. Quæsitum de actione 14
populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam ad actiones has commodè applicari posse. Populares actiones suot, definirore Paulo in *l. 1. de popul. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, *l. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis, quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest, præferatur, *l. 3. §. 1. de popul. act. l. 3. in pr de sepul. viol.* Pęna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit: qui ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. sign.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc edicto. 2. de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando, propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur eße locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen. §. 1. de pop. act.* junct. *l. 12. de verb. signif.* Sed enim cùm hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *supr. tit. præced. §. 1. & infra hoc eodem tit. §. 12.* populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actio-

15 nis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum.* 28. *de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit, perinde est, quasi nullam umquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, §. 1 *inf. de perp. & temp. act. l.* 13. *de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari, *l. qui per.* 49. §. 1. *de act. empt. l.* 4. *C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter; nec esse propriam actionem, qua principaliter petantur, sed sortis dumtaxat, qua mora & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitrosve*] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum, addictos judiciis bonæ fidei, *l.* 15. *de re jud. l.* 7. *de leg. Jul. rep.* quamquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l.* 1. *de rec. arbitr.*

Quo casu proditæ actiones in rem] Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l.* 25. *hoc tit.*

Quam Titius suam esse] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l.* 23. *eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l.* 74. *de rei vind.*

Possessor dominum se dicat] Aut utique neget petitorem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, §. 4. *inf. de interd. l.* 4. *C. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*
2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
3 *Personæ ad constituendum judicium necessariæ.*
4 *Quàm variè nomina hæc, judex & arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita?*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*
6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scil. actionum, mutilatam.*
7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, tertiam speciem constituere.*
8 *Actio in personam quid, cui, adversus quem detur?*
9 *Quo effectu creditor nomen alienet?*
10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissimè possidentem.*
11 *Actione in personam quid petatur? ubi & insigne discrimen inter hanc & illam, quæ est in rem circa causam libello complectendam.*
12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ, & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi.*
14 *Formula, qua adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur & cui competat principalis illa, qua de hic agitur?*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem? & primum de dominio.*
17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quàm late verbum possessionis hic accipiatur? Aliaque non passim obvia.*
18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*
19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi à nostris, ut in *l.* 3. *de stat. hom. l.* 1. *de rer. div.* §. 8. *infr. de interd.* quia
inter multas prima & potissima est. Ratio divi- 1
sionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc, *in rem & in personam,*

nam, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat cum hic ipse locus, tum *l. actionum. 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hìc traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant, rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publican.* item *l. 19. de jur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis exigi, atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore suo in solidum accepit, revocatæ, usuras præstari, eo quod res, non persona convenitur; quod sic explicatur, in *l. 5. C. de priv. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo feneratitio agit. At cùm utraque actione & res petatur, & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio di-
2 visionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam à causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est: unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. *Jus in re*, quod obiter hìc inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. *Jus ad rem* unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hìc conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hìc convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cùm actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *l. si autem. 27. §. 1. l. ult. de rei vind.*

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his 3
verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jurejur. prot. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controversæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

Judices arbitrosve] Nomina hæc judex & ar- 4
biter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel propriè accipitur, vel impropriè. Judex propriè dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim judicandi munus publicum est, *l. quippe. 78. ff. de judic. l. ult. §. judicandi. 14. de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 5. de re judic.* Impropriè judices dicuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum judicem facere non potest, *l. 3. C. de jurisd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis funguntur, & arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. C. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri propriè & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt; & maximè in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo: unde & judicia ipsa arbitria, *l. 24. depos. l. arbitrium. 43. l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. famil. ercisc. l. 18. ff. l. 3. C. comm. divid. l. pro socio. 38. ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis judices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo pluscula ad §. 28. & 30. *inf.* Præ-

terea norren judicis etiam tunc cùm propriè usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & judicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *l. 1. de judic. tot. tit. C. de jurisdict. omn. judic. tit. ff. & C. de reb. auct. jud. poss.* sive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis judicibus dumtaxat, hoc est, iis qui dati sunt à magistratibus aliisve qui jus dandi judicem habent; in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantùm cùm opponitur verbo magistratus, sed etiam cùm per se & absolutè ponitur, *l. 1. & 3. de jurisdict. l. 12. §. 1. l. in privatis. 77. de judic. l. 15. l. judex. 55. de re judic. l. 2. de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cùm judicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l. 2. C. de pedan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cùm hæc duo conjunguntur, judices arbitrive, & maximè cùm additur, à magistratu dati, ut in *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* Quod cùm fit, judicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantùm judices, datos quidem à magistratu, sed in judiciis stricti juris potestate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri, judices item veros tunc intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *l. 14. §. 4. quod met. caus.* minimè autem tales, ad quos ex compromisso itur. Hoc verò vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui *lib. 3. de benef. cap. 3.* sic scribit: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Planè cùm simpliciter hæ voces, judex & arbiter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem propriè posse accipi constat, ut cùm Jurisconsultus in *l. 9. ff. de re jud.* scribit, furioso sententiam à judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur. Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quàm si ordine judiciario, id est, causa more judiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerint, *l. 1. de rec. arb.* VINN. Quam diversa fuerit judicum arbitrorumque potestas, ex ipsis formulis, quibus dari solebant, patet. Judex in stricti juris judiciis ita dabatur: *C. Aquili, Judex esto, si paret Catulum Servilio debere centum, eum illum in centum condemna.* Nihil itaque hìc poterat judex præter formulam, sed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Rosc. cap. 4.* contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *si paret, Catulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat, tanti damnetur.* In arbitrariis denique: *Arbiter esto: & si paret, Mævium vestem Servili habere, neque is arbitrio tuo exhibuerit, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato.* Hlc ergo aliquid arbitrio arbitri, vel judicis erat relictum, ut posset & usurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic* 1. 24. HEIN. Enim verò nihil 5 huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cùm de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *l. 75. cum seqq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, qun lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, prorsusque aliena à ratione juris civilis interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. *misc.* 4. 18. bene ostendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap. 1. num. 2.* usu tamen interpp. distinctio invaluit. Gail. 1. *obs.* 150. Merul. *lib. 1. tit. 7.*

In duo genera] Ita & Ulpian. in *l. 25. ff. hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. *inf. eod.* actiones sc. mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expressè dicto loco Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quàm in personam: item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in *l. 7. C. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quàm in personam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C. fin. reg.* At 6 enim verò si hoc ita est, dignus sanè reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quàm duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorumdam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset: sed cùm de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *d. §. 20.* leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus rectè factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo dumtaxat actionum genera in *d. l. 25.* ponit & explicat, in rem, quæ (inquit)

quit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiosè omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis supersit, ab utroque distinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quàm duo illa, quæ hìc proposita sunt, non agnovisse, easque, quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solùm & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *l. 1. fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l. 1. §. 1. C. de ann. excep.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *l. 25. §. antepen. de hær. pet. l. 1. l. 27. §. 3. de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id verò ita esse, non aliunde certius constare potest, quàm ex conjunctione, *d. l. 1. fin. reg.* cum *d. l. 25. §. antepen.* Nam in *d. l. 1.* Paulus sit disertè scribit, *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quàm si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *l. 3. C. eod.* & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur, qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solùm, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio quæratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *l. 2. l. 3. fin. reg. §. pen. inst. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *l. 1. §. 1. fam. ercis.* Ex contrario in *dict. l. 25. §. antepen.* sic Ulpian. *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio scil. & obligatione. Nam præterquam quod hoc à mente veterum longè alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æquè in personam, hæc æquè in rem esset, atque utraque essentiali origine tam in rem, quàm in personam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius; cæterum se inde expediri conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cùm itaque duplex sit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipsa, & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure dominii, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam esse intendit: quatenus verò eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cùm actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati, *l. 3. §. 3. comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda duæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego verò non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est: quod & nomen ipsum satis arguit, *l. 28. ff. h. t.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non propriè ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse, *l. 14. §. 1. comm. divid.* sed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur; hoc est etiamsi, exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l. 20. §. ult. de hær. pet.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *l. 7. C. de hær. pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione; sed ex obligatione duntaxat,

quam una parit rerum susceptra communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque, & condemnationes, quàm ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua, instar eorum, qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri, tam in rem, quàm in personam, *d.§.20.inf.* De actione finium regundorum expressè testatur Paulus in *l.1.fin reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. Minus autem ferendi sunt, qui actio-
7 nes quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, *l. 9. §.ult im.quod met. ca.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quàm quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expressè traditur in *§.præterea. 31. infra eodem.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l. 14.§.quod si. 1 t.quod met. cau.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinitè de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp. in *d. l. 9. §. 1. & ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi. Duar. *ad l 7.§. pactorum. 8. ff. de pact. & ad tit.quod met. caus. cap.3.* Donell. *hoc loco, & 15. comm. 38.* VINN. Quamvis quæstio illa denturne actiones mixtæ, non adeo magni momenti sit, & ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus & sine hac distinctione explicari; non tamen existimo absurdam esse eorum sententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam [1] quamvis & Ulp. *l.25. ff. de O. & A.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo summa genera partiantur; nihil tamen in jure nostro frequentius est, quàm ob species, quæ mixtam caussam habent, modo bipartitam, modo tripartitam dari divisionem. Vid. Noodt *Prob. 1. 12.* [2] Quamvis petitio hæreditatis nascatur ex jure hæreditario simul, tamen etiam pro fundamento habet quasi contractum, puta administrationem rei alienæ, arg. *l. 1. l. 3. l.10.§.1. l. 25. §. 11. l. 50. §.1. ff. h. t.* [3] Ita & judicia divisoria manifesto & jus in re ponunt & obligationem ex quasi contractu. Unde non nudè in *personam* esse dicuntur hæ actiones, sed *pro rei vindicatione*, *l.1.ff.fin. reg.* & speciatim judicium communi dividundo *magis ex re, quàm ex persona socii*, nasci dicitur, *l.29.pr.ff.comm.div.* [4] Non absurdum est, veteres JCtos hæreditatis petitionem realem; judicia divisoria personalia dixisse, quamvis mixtæ sint naturæ. Denominationem enim sæpe in mixtis ab eo sumimus, quod prævalet; & sufficit mixtas has actiones disertè appellari in §. 20. *h. t.* & *l. 7. C. de hær. petit.* Non enim sanè ob finem ita dicuntur, sed quia duplex hic est caussa petendi: jus in re & obligatio. HEIN.

Cum eo qui obligatus] Descriptio actionis in 8
personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l.actionum. 25.ff.hoc tit.* ut sit actio, qua eum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clarè ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cùm causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eumdem semper locum habet, ut scribit J. C. in *d. l. 25.* mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verùm obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum, *Interpp. hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quàm primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, *§. 3. 4. & 18. de inut. stip. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. sup. de V. O. l. 11. de obl. & act.* licet postetius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum *§. 19. sup. d. tit.*
At enim verò etsi ex ratione juris creditor nomen 9
alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ dominii nostri sunt à nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benignè constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. C. de hær. vel act. vend. l. 18. C. de legat.* de quo fusè & subtiliter disserit Bachov. *de action. disp. 4. thes 2. & 3.* In actione in 10
rem utramque contrario modo se habet. Nam cùm ea non ex alia causa nascatur, quàm ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus à domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissimè rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cùm res, quam hac actione persequimur, ad alium

atque

atque alium possessorem transire, atque ut Jason hìc loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eumdem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l.* 25. Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolutè concipitur sine designatione certæ personæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directa in personam rei. *Ajo, te*
11 *mihi centum dare oportere*. Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit verò, ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua*. In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato, aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, nec ne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Planè nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cùm id apposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur. Add. Gail. 1. *obs.* 61. Schneid. *hic n.* 110. *& seqq.* Don. *ad l.* 3. *C. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio] Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quàm ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. *& seq. inf. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & tempor. action. l.* 16. *de neg. gest. l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act.* Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen
22 non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, §. *ult. supr. de leg. Aquil. l.* 23. §. *item quæcumque.* 5. *l. cum autem.* 52. *de rei vindic.* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum, qui bona fide junxit, *d. l.* 23. §. *pen. l.* 7. §. *cum in suo.* 10. *de acq. rerum dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium.* 32. *de reb. credit.* Et condictio sine causa aut ex injusta causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l.* 3. *C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater reverà nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l.* 3. §. 3. *ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat, sed dari tantùm ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, *l.* 2. §. 5. *in fin. de aq. pluv. arc.* Pulchrè Oldend. *class.* 3. *act.* 1. *quæst.* 2. Postremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus in *l.* 1. *pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cùm contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revise quæ notamus *sup. ad* §. *ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba sunt vulgaris 33
& usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* dominii translationem significat, §. 14. *infr. l. ubi autem.* 75. §. *ultim. de V. O. l.* 25. §. 1. *de contr. empt.* verbum *facere*, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *l.* 28. *l.* 72. *in pr. d. l.* 75. §. 7. *de V. O.* uti & in divisione stipulationum, *l.* 2. *pr. d. tit.* §. *ult. Inst. eodem*. Ait *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrùmque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi: *Ajo te mihi dare aut facere oportere*: sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cùm ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantùm quod interest in actionem deduci, *l.* 13. §. 1. *de re judic. d. l.* 72. *in fin. pr. de V. O.* §. *ultim. Instit. sup. eodem tit.* fieri non posse, ut umquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare id quod interest, non esse facere, sed dare ut quidem hoc loci verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicemus, hac formula, *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubiè à prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo, *Si paret Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnetur*, prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id, quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare, facere*, ut *dare* accipiamus tamquam subroga-

rogatum τὸ *facere*: & ad id quod interest referatur.

14 *Aliis quibusdam modis*] Id est, aliis agendi formulis. Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maximè quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt verò & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pigneratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantùm dirigitur in id quod interest, quod secus est in actionibus modo commemoratis. Et ex diverso cùm is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat, certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pigneratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam*. 20. *infra eodem*. Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse, *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γίνεσθαι τὴν ἀγωγήν. Sed & aliis modis talis actio intentari potest*. Durum certè est, verba ista referre ad illa remotiora ex contractu, vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic*. & *disput*. 4. *de act*. *thes*. t.

15 *Qui nullo jure ei obligatus*] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l*. 25. *ff*. *hoc tit*. ut sit actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu proditæ sunt actiones in rem] Cùm non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium, ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vindicatio absolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *tit*. *ff*. & *C*. *de rei vindic*. non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur, nisi forte appellatione dominii, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantùm in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quàm vero rei domino, *l*. 23. *ff*. *de rei vindic*. Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l*. 1. §. 1. *si ag*. *vect*. *l*. 74. *de rei vindic*. Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l*. 25. *in princ*. *ff*. *eod*. *l*. 23. *in pr*. junct. *l*. 36. & *ultim*. *ff de rei vind*. Primum, quod hìc intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret*, *rem petitoris esse*. Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an verò sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap*. *Abbate*. 3. *f*. *de re jud*. *in* 6. At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hìc opus esse interpellatione, per express. text. in *l*. 23. *ff*. *de judic*. qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur: non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem; sed nova formula à prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d*. *l*. 23. junct. *l*. 18. *ff*. *comm*. *div*. Planè ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l*. 2. *C*. de

de ped. jud. fere necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur verò absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè dominii in persona actoris præcisè requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa mansefit usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quàm quo lis contestatur, ratio habetur, per *l. 7. §. ult. ff. ad exhib.* ita & Jas. *hic. num. 69.*
37 ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. Nam cùm hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quàm sententiam ferat, jubeat rem restitui, *§. præterea. 31. infra eodem.* Non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit verò ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cùm lis contestaretur, *l. 27. §. 1. de rei vind.* **Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores**, id est, qui corpore tantùm rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent: **quales sunt**, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt &c. *l. 9. ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *l. 7. l. 25. & seq. ff. de rei vindic.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. d. tit. l. 25 §. 8. de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus; & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cùm jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. l. 27. §. 1.* si culpa sua, pati debet æstimationem: ita tamen, ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, *d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. eodem tit.* si dolo, vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l. 68. & l. seq. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc verè possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio; postquam **placuit, dolum pro possessione esse**, & pari in **omnibus** jure utrumque censeri, eum, qui quid habet **vel possidet**, & cujus dolo factum sit, quominus possideat, *l. 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. de reg. jur. facit. l. 20. §. ultim. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova lite instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quod adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa, sed utilis actio detur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus.* Equidem fateor, id ita esse, cùm ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi verò semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eam peragi oportet. nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistinctè definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur, non tantùm eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam **similiter** per fraudem possessionem transtulit: **ac proinde** hunc quoque judicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex *l. in rem. 13. §. pen. de rei vind. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *l. qui prætorio. 36. d. tit. de rei vind.* scribit, eum, qui in rem actus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo **possidere** desierit. Atque ut nulli dubitationi **locus relinquatur**, textus in hanc rem expressus **est** in *l. 27. §. 3. ff. de rei vind.* Quia verò revera **is**, cum quo hic actio instituitur, non possidet, **sed juris tantùm** interpretatione pro possessore **habetur**, **hac** consideratione utilis hæc actio dicitur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus.* Unicum est, quod hìc objici possit, & quod moti Jason & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset, frustra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. caus. fact.* Verùm hæc objectio levior est, quàm ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantùm pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit, qua merus erat nos experturos esse, *l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. jud. mut. caus.* Nihil verò absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimmo hoc disertè satis traditum est in *l. 3. §. ult. d. tit.* Tantùm JC. electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, scilic. quia ea oblatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario verò concedendum non est, ut utile judicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Tos.

18 *Possessor autem dominus ejus se esse dicat*] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cùm actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cic. *pro Muræna, cap.* 12. *Fundus Sabinus meus est. Immo meus:* cui similis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* Vid. Boet. in *Top Cicer.* Gell. 20. *Noct. Att.* 10. Brisson. *lib.* 5. *de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖον, honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *l.* 4. *C. de edend. l. ult. C. de rei vind.* §. 4. *inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat, *l.* 11. *C. de pet. her.* cùm tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cùm in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l.* 9. *ff. de rei vind.* Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato, nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare. Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrativè posita non censeri dispositiva, quando in iis principaliter se legislator non fundat, ut notatum supr. § 4. *de milit. test.* quod hîc non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Anton. Contius 1. *disp.* 12. stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema: Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vindicare: ipse verò sic ex contrario ratiocinatur: Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quàm si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere ausus sit: quin ipse tacitè contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur, prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minimè verò ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei infitiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quàm si initio contra vindicasset, *arg. l.* 9. *C. de except.* Utique nihil hîc fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici infitiatione usus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quàm quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cùm ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *l.* 5. §. *ult. comm. div.* Cùm autem actoris probationibus per contrarias res elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Planè si possessor non tantùm absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, rectè faciet & mori judiciorum antiquo conveniente, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet, *arg. l.* 18. *comm. div.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cùm enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l.* 25. *de obl. & act.* prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, reique ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *l.* 20. *l.* 35. §. 1. *ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transferatur, *l.* 46. *l.* 68. *d. tit.*

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æquè si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum,* item

item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; ista quoque actiones in rem sunt, sed negativa. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

NOTÆ.

2. *Altius ædes suas tollendi*] Altius ædificatur jure servitutis à vicino imposito & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, *l. 8. C. de servit.*

Sed negativa] Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere: confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. si ususf. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quàm ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est] Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de except. rei jud.*

Ei qui possidet, non est actio prodita &c.] De re corporali numquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

Sanè uno casu] Ita quoque Theoph. alias, *non uno casu*. Goveanus, *Sanè hoc uno casu*, id est, in controversiis servitutum: quomodo & in duobus codicibus Theoph. *ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι*. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quàm pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere, Aje mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi: quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare?*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur? Hotomanni correctio & disputatio confutantur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

Æ *Què si agat quis*] Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis, &c.* quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habuit, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus? Et 1
observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantùm actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur, confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, *l. 2. ff. si serv. vind.* interdum negativa, *l. 5. si ususf. pet.* & à Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum titt. *si ususfr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel ad al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & l. 28. de obl. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & ususfructus, quædam rerum sive prædiorum, *l. 1. ff. de serv.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare, aut de earum constitutione, non est hujus loci: pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *sup. lib. 2. tit. 3. & 2. seqq.* Quod verò exempla singulorum generum hic proferuntur; ideo tantùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. Verùm illud quæritur, an non præter servitutes, quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, aut ad alium pertinere neget. Et benè Vaud. 1. *var. quæst. 27.* probat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes? aut cur confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones propriæ, à Jurisconsultis proponuntur, *l. 1. l. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si ususfr. pet.* quibus in locis observare licet,

hæc,

hæc, ut *ἰσοδυναμοῦντα*, sæpe inter se permutari, actio confessoria aut negatoria, & actio de servitutibus. Infamiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere, & vindicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est, rem quam petimus in bonis nostris esse, *argum. l. rem. 52. de acq. rerum dom.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *l. bonorum. 49. de verb. signif.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; sed ex concessione tantùm principis aut populi, magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Planè hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpp. sententia, teste Suarez *recept. sent. num.25.* add. Gail. 2. *obs. 66.* Schneid. *hic, num.* 11.

3 Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quàm ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat, tradita in *l. 2. §. 1. si serv. vind.* & exemplo proposito in *l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia re ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *d. l. 4. §. 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

Jus sibi esse altius ædes suas tollendi] Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandum esse, quàm ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. 4
Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contrariæ, quæ agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo amplius *ἁμάρτημα* istud Triboniano potius condonandum contendit, quàm admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sanè species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriæ, nempe si cum vicino, cùm esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quàm palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, *l. 8. C. de servit. l. 9. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. competit. 7. si serv. vind.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jason. *hic num.* 43. Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l. 17. §. 2. de serv. præd. urb.* & nimirum tale. Si cùm mea interesset vicini ædes altius tolli, forte ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æquè alienum est.

Ut

Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per *l. 15. §. 1. de serv.*) sed ei ipsi debita, qui tollit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere*, *l. 2. de serv. præd. rust. l. 7. §. 1. comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere, me posse, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cùm posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur, sed quæ illi à me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ, quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. §. 7. si serv. vind.* junct. *l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegesi §. 1. *sup. de servit. præd.* quamobrem
5 hìc erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Cajo *l. 2. de servit. præd. urb.* qui eo loco disertè dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem diversi generis segregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l. 1. d. tit. & l. 7. §. 1. comm. præd.* item Nerat. *l. 2. de serv. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini*. Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l. 1. comm. præd. l. urbana. 198. de verb. sign.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in *l. 1. C. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatum habendi, sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio fit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant *l. 11. de serv. præd. urb. l. 1. l. pen §. 1. C. de ædif. priv. l. 1. C. de servit. l. 14. de serv. præd. urb.* Tacit. *lib. 15 annal. cap. 42.* Strabo *lib. 5. p. 62.* Aurel. Victor. *in epitom.* quibus omnino adde Pet. Fab. *ad l. domum suam. 61. de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio à vicina insula, ut testatur Papin. *d. l. 14.* Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quàm dominum ipsum tangit; hoc, ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quo magis distat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus libere & jure rei suæ quisque ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cùm nulla ædificiorum forma definita est, *l. 9. l. 11. de servit. præd. urb. l 8. C. de servit.* nimirum in suo facere quisque, quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hìc, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit negans, servitutem se debere, utiturque ex definitione, *l. 2. §. 1. d. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut planè liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere velit. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hìc jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi

con-

concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *l.* 15. §. 1. *de serv.* & proinde si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita dico, cùm ex jure imposititio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hìc jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est; cùm hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur à vicini insula; *juxta l.* 14. *de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *l.* 1. *C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam dumtaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hìc mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cùm enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus è vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quàm invito eo, per legem liceat; manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratia vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens, formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcisè constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantùm publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l.* 38. *de pact. cum simil.* Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Î on. & novissimè Christoph. Riccius in *præmiss. vind. jur. cap.* 14. Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ, & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoriæ* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l.* 5. *si ususfruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cùm si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hìc quicquam suum esse, unde est, quod inutilis hìc sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno dumtaxat. In servitutibus verò contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat: id est, rem suam liberam esse, *l.* 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in *d. l.* 5. *si usufr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium. 6

Nam in his agit, qui non possidet] Ratio declarans id, quod proximè dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hìc alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his is etiam, qui sit in possessione. Videamus quàm rectè. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit; aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc verò intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, 7

test, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet, actionem ultro possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *l. 5. §. ult. si usufr. pet.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporali prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti possid.* Planè ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quàm non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quàm is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quàm si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus posse eumdem & possessorem juris & petitorem esse, *l. 6. §. 1. si serv. vind.* quod & traditur in *l. 8. §. 3. d. tit. l. 5. §. ult. si usufr. pet.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: ut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cùm ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l. 6. §. uti possid.* Rerum verò incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno, patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 3. de usufr. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cùm videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *l. 8. §. 3. §. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cùm faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar, certè non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *l. 5. §. ult. si usufr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui eas nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cùm vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria, qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5. §. ult. si usufr. pet.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maximè actionem ipse instituerit, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hìc nobis objici, quod à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quàm si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter. 62. de jud. l. 1. §. 3. uti possid. §. 4. inf. de interd.* Ut redeam ad proposita verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam verò in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc per se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solùm rectè agat, qui non possidet. Etenim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quàm per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quo intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura possit, quàm confessoria.

Ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.] Hæc pars apertè per adversativam à præcedenti distinguitur, tamquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo verò non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc ei item qui possidet, eadem actionem detrahi, sed ita loquitur, ut non obscurè indicet, esse id ex alia causa, quàm ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstare, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agi-

agitur interdicto, *l.* 1. §. 4. & 6. *uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minimè. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantùm detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solùm propositum, probare, negatoriæ actionis in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullam esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theoph. in *paraphrasi* sic locum Græcè reddidit, τῷ δὲ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem. An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem ei, qui possidet, proditam non esse prorsus locus hic mutilandus, & verba illa detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera est loci sententia, licet, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Ei verò, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *verò* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cùm sit nulla, teste Ulp. *l.* 1. §. 6. *uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclarè dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*: cùm ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an rectè & legibus argumentandi convenienter hìc disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet: Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controversiis locum non habet.* Bene, si quid umquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirare satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur: sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptionis Justinianeæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *negatoria verò semper possessori datur*. Ut sit hæc collectio; *Negatoria semper datur possessori; In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse: sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotomannus existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

Sanè uno casu] Frustra sunt omnes, qui unum 9
hunc casum aut alium quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Vvesemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sanè non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, *l. circa eum.* 14. *l. in exceptionibus.* 19. *de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id verò non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmilius Ferretus. Alii *Sanè hoc uno casu*, ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Theoph. VINN. Et hæc postrema lectio, si qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum tam ineptè adfectare voluisse brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora digestorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio, unum esse hunc casum, quo is agat, qui possidet: quum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, possessor rei vices sustineat. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

3. *Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Alia autem sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quos & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam æquè principalem esse ac superiorem: & unde sumpta?*

2 Le-

2 *Legitimum quid propriè, & quid latius in usu juris?*
3 *Prudentum non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, esse prætorias.*

1 INsinuatur hic alia actionum divisio sumpta à causis efficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: quæ æquè principalis est, aeque superior illa à causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum. 25. §. ult. de obl. & act.* Ad eumdem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl. §. 1.* quæ divisio in illo tractatu, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus] Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videl. vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proximè sequuntur.

Et si quæ sunt similes] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quàm quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eamdem originem & causam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; quæ cùm innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

2 *Ex legitimis & civilibus causis*] Legitimum propriè dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ propriè lex appellatur in divisione juris civilis, *§. lex est. 4. sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de præscr. verb. l. 15. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim pruden- 3
tum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *l. 2. §. deinde. 6. & §. ita civitate. 12. de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut apertè declarat Pompon. *d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *l. 1. §. pen. de postul. l. 7. de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* Enimverò non est argumentum 4
actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto suo, *actionem dabo*. Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *l. 1. commod.* sed eæ dumtaxat prætoriæ sunt, quas ipsi prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cùm actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere] Necessarium non absolutè, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, rectè intelligere. Quamquam autem longè plures sunt actionum prætoriarum species, quàm quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Et ecce] Indicantur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, *Publiciana*, & *rescissoria*, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, *§. 4. & 5.*

Actor dicat, se quasi usucepisse] Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod reveta quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat] Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori numquam ultro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit. Utrique id malim, quàm cum Russard. Cujac. Hotom. pro *possessor*, *dicat adversarium suum*, &c. legere *possessorem dicat adversarium suum non usucepisse*, id est, dicat, possessorem eumdemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam ineptè affectatam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *possessor* non planè expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel è diverso cum aliquo, qui rem*

meam usucepit ac possidet, agere possum, ac docere. Patet itaque cum non legisse *possessor*, sed fortassis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse, &c.* HEIN.

TEXTUS.

De Publiciana.

4. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto proposita est.*

NOTÆ.

4. *Necdum dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cùm habeat civilem, *d. l.* 1. §. 1. quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. Myns. *num.* 28.

Directam actionem] Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l.* 23. *de rei vindic.*

Durum erat] Iniquum prætori visum, extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hic accipienda?*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3 *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8 *Adversus quem detur? quid ei obstet? tum quis ejus exitus?*

PRoponitur hìc actio in rem Publiciana, sic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hìc in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distinctè de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat; quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipuè notandum erat, hìc prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua] Nempe aliena, ut est in edicto, *l. 1. h. t. de Publ. in rem act.* Hìc autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, *& necdum ejus rei dominus effectus est*. Quod non aliter contingit, quàm si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. *per traditionem*. 40. *sup. de rerum divis.*

Ex justa causa] Justam causam accipimus eam, 1
ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *l.* 13. *eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, *& nondum usucaptum petet*, *d. l.* 1. *eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup. de usucap. in pr.* Causæ pluribus indicantur *d. l.* 1. §. *ult. & aliquot ll. seqq.* Hic tantùm exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probatam distinctionem Accursii in *l. 7. §. 2. h. t.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per *l.* 2. §. *si à furioso*. 16. *pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l.* 7. §. 2.

Tradita fuerit] Ut Publiciana competat, exi- 2
gitur ut res tradita sit, *d. l.* 1. *d. l.* 7. §. *pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet: quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cùm non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus*. 20. *C. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantùm species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est. Nam quibus ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut disertè responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l.* 12. §. 1. *hoc tit.* item de domino, cujus servus, cùm in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus*. 15. *eod.* quibus casibus cùm usucapio procedere non possit, *l. fine*. 25. *de usucap.* apparet, prætensionem dominii per usu-

usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet D. Bachov. *disputat.* 3. *de act. thes.* 18. Sed & hoc falsum esse existimo, quod umquam petitur hanc actionem instituens expressè intendat aut prætendat
3 se usucepisse. De quo pluscula inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l.* 11. §. 1. *hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l. ult. de serv.* Planè, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, nec sic ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l.* 9. §. *pen. d. l.* 12. §. 4. *eod.* Etenim si tantùm ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis, vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *d. l.* 12. §. 2. & 3. Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum, qui tale jus constitutum habet? Azo *in summ ad hunc tit. n.* 15. Illud etiam, quamquam hìc omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum esse, aut jura transferendi habere, *l. bonæ.* 109. *de verb. sign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l.* 7. & §. *pen.* & *ult. hoc tit. l.* 2. *pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr.* Mynsing. *hic. num* 25. Schneid. *num.* 41.

4 *Nec dum ejus rei dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* ubi Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si domus, cùm difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quàm rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Mynf. *n.* 28. Oldendorp. *class.* 3. *action.* 3. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admittit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, rectè defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quàm contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptivè dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Bellè Bachov. *disp.* 3. *de act. thes.* 17. Gomez. Mynsing. & Schneid *hic.* Gail. *obs.* 62. *num.* 5.

5 *Possessionem casu amiserit*] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio numquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l.* 1. §. *penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à prætore. Quod non est novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub §. *ult. sup. de leg. Aquil.*

Durum erat eo casu deficere actionem] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod perquam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque prætori iniquum videretut, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset; ipse ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa. 6

Eam rem se usucepisse] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expressè, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur, se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *l.* 12. § 1. *l.* 15. *hoc titul.* Quibus casibus cùm Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. VINN. Fictio 7

illa est prætoris, non actoris. Quia enim prætor directè leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemni, & finxit hunc usucepisse, quum non usuceperit. Vid. *Antiq. nostr. Rom. Lib. I. tit. 2. §. 24. edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat prætor, eum jus domini veri usucapione exclusisse, sed tantum ratione tertii; nullo, vel infirmiore jure possidentis actorem in ea caussa esse, quasi usuceperit, quia si hic possessor obverti[illegible] exceptionem non competentis dominii, ea fuisset exceptio de jure tertii. Hein. Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: sin à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l. 9. §. si duobus. 4. hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius *l. si ea. 31. §. ultim. de action. empt.* ut rectè censent vulgo DD. Oldend. *d. class. 3. action. 3.* Schneid. *ad §. præc. num. 28. & seq.* latè & subtiliter Bathov. *disput. 3. de act. thesib. 21. & 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: qua de re disputavimus sub *§. diutina. 7. sup. de usuc.* In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quàm quilibet, quamtumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vindicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat, *l. si à Titio. 72. de rei vind. l. si quis. 24. de exc. rei jud.* add. D. Donell. *hic. num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. *sup.*

Textus.

De rescissoria.

5. *Rursus ex diverso, si quis cùm reipublica causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.*

Commentarius.

1. *Actionem, quæ hìc proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.*
2. *Quibus ex causis hæc actio à prætore detur? ejusque introducendæ causa.*
3. *Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4. *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit?*
5. *Commentum esse quod de duplici judicio rescindenti & rescissorio interpp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6. *Actoris in actione rescissoria intentio.*
7. *Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8. *An ex sola causa ignorantiæ restitutio danda adversus usucapionem?*

Hoc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, *l. nec non. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ab hostibus. 18. C. de postl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hìc è converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25 annis, quod extat in *l. 1. quibus ex caus. maj.* qua parte scilicet prætor eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restituturum pollicetur. Vinn. Rectè hæc notat Vinnius. Verè enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem: sed & rescissoria dilertè dicitur *Publiciana. l. 35. ff. de O. & A. & l. 57. ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuisse *συγχρονον* plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Clement. cap. 45.* ubi meminit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio rescissoria antiquior videtur ob locum insignem Terent. *Phorm. Act. 2. Scen. 4. v. 9.* ubi Cratinus Advocatus: *quod* TE ABSENTE *hic filius egit, restitui in integrum, æquum*

æquum est & bonum, & id impetrabis. Dixi. Verè enim loquitur de actione rescissoria, quamvis eam male tamquam rabula applicet. HERN.
2 Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcumque ejus, qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui absuit. Quod posterius hìc tantùm tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait. 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hìc aut intacta aut minus perspicua, indicata disces mox ex Commentario.

3 *Cùm Reipubl. causa abesset*] De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa absuisse: quod tamen secus esse, discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, prætor non distinguit, qua ex causa quis absuerit, necessariane aut probabili, an planè voluntariè. Quod & discertè Ulp. notavit *l. item ait. 21. §. 1. h. t. ex quib. cauf. maj.* Et verò si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit, ei prodesse absentiam planè voluntariam, malitiosam pura aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quàm si aut amici absentis de defendendo eo interroganti defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait. 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissimè autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate] Ut hìc procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prætor. 23. §. 3. hoc tit. l. justo. 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio: atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur in tantum, ut nec postliminio restituatur, *l. denique. 19. hoc titul. l. si is. 15. in pr. de usucap.*

Usuceperit] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait. 21. §. 1. & deinceps. l. seq. hoc t.* Alioqui vulgo traditur, 4
contra eum, qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus. 30. vers. omnis. C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus. 30. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti verò, quale est, quod hìc objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & rectè: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino] Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius quia à prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc titul. l. ab hostibus. 18. C. de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. restit.* Quod autem ait, 5
permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus *d. l. 53.* hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia prætor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed etsi. 26. §. si feriæ. 7. l. nec non. 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eodem. l. nullo. 24. C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifestè apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cùm actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. cauf. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien. jud. mut. cauf. l. ult. §. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomez. *hic. n. 8. & ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem

DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hìc necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, qua res restitui jubeatur. Pet. de Bellaperi. Jo. Fab. Jas. Zas. Myns. Schneid. *hìc*. Odd. *de restit. q.* 33. *art.* 1. Maurit. *de restit. c.* 4. Quæ opinio erronea est, & à ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perspicuè patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, Odd. *part.* 1. *q.* 33. *art.* 5. Myns. 2. *obs.* 25. Oldend. *class.* 6. *action.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos. Cæteroquin revera unum tantùm erat judicium: ideoque unus tantùm libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed à prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti: altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus vult, perpetuam esse. Sed ut una & simplex hìc est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum à tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *l. ult. hoc tit.* junct. *l. ult.* §. *ult. C. de temp. in integr. restit.*

6 *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita hìc quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, possessorem rem, quæ petitur, usu non cepisse: quod & apertè falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, §. 2. *sup. eod.* sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cùm ipse interea ejus nomine agere vellet, & usucapionem interrumpere non potuerit: itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse: *Si paret, eam rem, qua de agitur, à possessore absente per statutum tempus possessam esse, cùm interea petitor ejus nomine agere cùm conaretur, non potuerit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnetur.*

Quibusdam & aliis] Veluti absenti, cujus 7
res usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cùm ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l.* 2. *C. de annal. exc.* Non omnibus verò absentibus hac parte succurritur, sed iis dumtaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l.* 1. §. 1. *in pr. l.* 3. *cum seqq. l. reipub.* 36. *l. non vere.* 42. *hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si.* 26. §. *pen & ult. cum duabus ll. seqq.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævia absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *d. l.* 26. §. *ult. l. nec non.* 28. *in pr. eodem.* Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici ei potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l.* 26. §. 1. Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l.* 1. §. 1. *Julian.* 17. §. 1. *l. si quis.* 41. *eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

Simili æquitate motus] Quæsitum hoc est, 8
an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, *arg. l. ultim. in fin.* ibi, *nulla ignorantia vel scientia expectanda. C. de præscr. long. temp. l.* 3. & 4. *C. de præscr.* 30. *ann. l. unic. C. de usucap. transf.* Nam cùm sufficiens tempus præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. de usucap.* Vvesemb. *parat. hoc tit. num.* 10. Pinell. *in auth. nisi triennale. C. de bon. mat.* diss. comm. DD. Covarr. *in c. possessor. de reg. jur. in* 6. *pag.* 2. §. 3. Gail. 2. *observ.* 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videsis And. Fachin. 1. *contr.* 69. Ant. Fabr. *C. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. restit.* Pinell. *in d. auth. num.* 58.

TEXTUS.

De Pauliana.

6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.*

NOTA.

6. *In fraudem creditorum*] Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & simul is qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 6. §. 11.*

Rescissa traditione] Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quàm superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabroc.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hic de actione, quæ Pauliana dicitur: licet ea non in rem, sed in personam sit.*
2 *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus, sive ante sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere: quæ tamen huc non pertineat.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Paulianæ sit locus?*
5 *Verborum edicti*, Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Paulianæ experiri possint. D. Joan. Dekher. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio?*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.*

1 TErtia species actionis prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus. 38 §. in Faviana. 4. de usur.* atque huc pertinent, *tit. ff. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantùm propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsideratè, & tantùm ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evin- 2 citur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cùm actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. ait qui. 9. & l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hìc non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solùm hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l. 10. §. ult.* quod non minus quàm prius illud à natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, *l. 2. C. si un. ex plur. hæred.* Cùm itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, *§. 1. sup. eod. d. l. actionum. 25. de oblig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt. vid. Bachov. *disp. 3. de action. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse disertè testatur Ulp. *l. 1. §. hæc actio. 26. si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam, cùm utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cùm initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, *d. §. 4.* recenset, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, *§. 1. sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere tentet, per *l. metum. 9. §. ult. l. item si. 14. §. 3. quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic. & disp. 3. de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in

in rem actionem esse: add. Don. *hic num. 3. & seqq.* Ant. Fab. 26. *conj.* 16. VINN. Certum quidem est, Paulianam naturam potius personalium quàm realium actionum servare. Neque tamen ideo credibile fit, Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo *rescissionis* decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maximè quum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus κατὰ λέξιν fere sequutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente prætoris & veterum verè esse in rem, quia nascebatur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur. Unde patet, cur hìc disertè mentio fiat *bonorum ex sententia præsidis possessorum*: simulque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Faviana ad Paulianam. Hìc enim creditores res vindicant, quia prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possident ex decreto suo, pertinere. HEIN. Illud hìc notandum est,
3 quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Joan. Drekhet. 1. *diss.* 10 *num.* 27. Sed perspicuè refellitur per *l.* 15. *& l.* 17. §. 1. *hoc tit.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium, *l. non est mirum.* 26. §. 1. *de pign. act. l. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris, si creditor forte possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de præt. pign.* Verùm hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis.* 14. *& l. seq. C. de pign.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidã putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, per *d. l. ult. C. de præt. pign. & arg. l. 9. hoc tit.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cùm tamen excludat agentem Pauliana.

4 *In fraudem creditorum*] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hìc accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prætor.* 10. §. 1. *l. si quis.* 15. *hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum.* 8. *d. l. ait prætor.* 10. §. 2. *eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. simili modo.* 11. *eod. l. pen. C. eod.* Planè, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem.* 6. *& seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. *in d. l. pen.* Pet. Fab. *ad l. generaliter.* 78. *de reg. jur.* Ant. Fab. 2. *conj.* 14. Gail. 1. *obs.* 25. *n.* 14. *& seqq.*

Alicui tradiderit] Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debiror, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit, sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. eum.* 4. *seqq. l.* 10. *l. si eum.* 12. *& seqq. l.* 14. *& passim deinceps, hoc tit.* Planè ille in ea causa non est, ne edicto 6
locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur.* 134. *de reg. jur. fac. l.* 5. §. 13. *& seq. de don. int. vir. & ux.* D. Diod. Tulden. *in C. hoc tit. n.* 4. Latè & eleganter D. Vvesemb. *conf.* 17. *n.* 42. *& seqq.* Atque hinc est, quod nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, *l.* 3. *C. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l.* 1. §. *sed si.* 8 *si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam fiscus cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem.* 19. *hoc tit. d. l.* 1. §. *sed si.* 8. *si quid in fraud. patr.* Jo. Gutier. *in repet. cap. quamvis.* 2. *de pact. in 6. n.* 24.

Bonis ejus possessis] Id est, postquam credito- 7
res

res à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quàm si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc tit.* de quo fusè Schneid. *n.* 19. *& seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi supra.* Nam vitiosè planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba, *bonis ejus possessis*, ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per *l. si quis.* 15. *l. omnes.* 17. §. 1. *hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus] Plerumque curator bonorum hìc constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l.* 1. *hoc tit.*

8 *Rescissa traditione*] Sic intelligo, ut §. *præc.* dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hæc in factum actione, & in pristinum statum restituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solùm revocantur & res ipsæ, verùm etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l.* 1. §. 1. *l. ait prætor.* 10. §. *per hanc.* 19. *&* 3. *seqq l. hac in factum.* 14. *l. omnes.* 17 *l. ult* §. *non solum.* 4. *hoc tit. l. videamus.* 38. §. *in Faviana.* 4. *de usur.*

9 *Dicere, traditam non esse*] Non disertè ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hìc agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult.* §. *ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l.* 1. *l.* 10. *eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod
10 ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l.* 10. §. *pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *d. l.* 10. *in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *l.* 6. §. *ult. d. l.* 10. §. *annus* 18. *eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l.* 1. §. *ult. C. de annal. exc.* Joan. Fab. *n.* 17 Mynt. *n* 63 Schneid. *n.* 83. Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Vvelemb. *par. hoc tit. num.* 12.

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

7. *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

NOTÆ.

7. *Quæ pignoris jure*] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, § 3. *in fin. inf. de interd.* tum fructus in fundo conducto nascentes; qui tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, *l.* 7 *in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur, *l.* 4. *d. tit. l.* 4. *de pact.*

Quæ simul traditur, &c.] *l.* 9. §. 2. *de pign. act. l.* 238 § 1 *de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter, ἐνέχυρον, & ὑποθήκην.

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur?*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat?*
4 *Necesse non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quàm debitor, pignus possidet; tum quid hic juris apud Batavos.*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt a pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum?*

8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris juris teneantur?*
9 *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expressè convenerit.*
10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529.*
11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam: nisi forte in eo, quod cautum* Nov. 4. cap. 2.
12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *usos videri.*

1 AD extremum proponitur hìc actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi 17. §. 2. de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cùm possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cùm prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est
2 etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l. pignoris. 17. de pign. l. pignoris. 18. C. eod.* constitura creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus. 16. §. in vindicatione. 3. de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l. si fundus. 16. §. 3.* Duo autem
3 creditori pignus persequenti probanda sunt. 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per *l. in rem alienam. 11. in fin. de pign. act.* Si verò agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ postea ad eum pervenisse, *l. & quæ nondum. 15. §. 1. de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cùm habeat, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris; cùmque hypotheca propriè titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quàm possessorem.
4 Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse, sed, quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam; quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, *arg. l. si ab eo. 18. de pign.* Hæc fusius tractantur à Jo. Fab. Ang. Jas. Zas. Schneid. *ad hunc §. Cyn. & Salic. ad l. cum res. 5. C. si res al. pign.* Neguf. *de pign. 8. memb. 3. n. 6. & seqq.* Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam rem possidere oporteat. Olim si alius quàm debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & 5
sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. distractis. 14. l. persecutione. 24. C. de pign. l. ult. C. de obl. & act.* Tantùm hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitimè interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l. 10. C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exegit; constituit enim, ut si debitores præsentes sint, non tantùm denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quàm excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint facultatibus. *Nov. 4. cap. 2. unde auth. sed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor, C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *l. Moschis. 47. de jure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *d. Nov. 4. c. 3. vers. contra principales l. persecutiones. 24. junct. pr. auth. seq. hoc si debitor. C de pign.* & secundum hoc sæpe à supremis Curiis judicatum testatur Christin. *vol. 4. decis. 151. n. 9 & seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expressè derogatur *d. Nov. 4. cap. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, *vid. decis. 4. Cur. Holland.*

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio est: Serviana dicta ab auctore eadem analogia, 6
qua Publiciana; & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hìc traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re scilicet & nomine communi; quod nomen etiam Servianæ competit; sed cùm hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l. 3. l. si ab eo. 18 de pign l. si creditor. 28. de pign. action. l. ult. C. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum credito-

rem

rem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum; de qua *ff. & C. de pign. act. §. ult. sup. quib. mod. re cont. obl.* Abusivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut observare licet, *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam. 4. de pign. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus. 19. de exc. rei jud.* & aliis locis. Vid. nostra ad *d. §. ult.*

Et praetoris jurisdictione] Arqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censeri; propterea quod causam & initium à jurisdictione prætoris acceperant.

De rebus coloni] Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita
7 fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, prætorem nominatim tantùm de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod à colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo*. De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit, itaque cùm de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum
8 *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes; qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. eod.* Deinde ea, & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, *§. adipiscendæ. 3. in fin. inf. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quàm si expressa conventio intercesserit, *l. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani à conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil no-
9 minatim convenerit, *l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib. cau. pign. tac.* Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. si Servus. 61. §. locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacitè sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. 5. C. de locat.* Sed merito hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius. 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic rectè accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. *4. comm. 16.* Fort. Garz. *ad d. l. 5.* Duar. Cujac. *ad l. 4. de pact.* Don. *de pign. c. 4.* Bach. *1. de pign. c. 11.* D. Tuld. *in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3.* Christin. *vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

Qua creditores pignora persequuntur] Quasi 10 Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantùm de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio. 20. C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali, *l. 2. C. de præt. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum. 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam] Inter pignus & hypotheeam tantùm nominis sonus differt, ait Marcian. *l. 5. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *d. l. 5.* quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in foro Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529. Jo. Deckher. *lib. 1. diss. 10. n. 34.* add. *art. 45. Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, Neostad. *de feud. c. ult. n. 26.* Grot. *lib. 2. introd. c. 41.* Planè ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus

regio-

regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art.* 35. Grot. *d. lib.* 2. *cap.* 48.

Utraque hac appellatione continetur] Sensus est, quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in
1 actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quàm pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *l.* 1. *de pign. act.* Sanè quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur, *Nov.* 4. *cap.* 2. id plerique putant tantùm locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea forte amissa; sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione. Negus. *de pign. part.* 8. *memb* 1. *n.* 18.

Pignoris appellatione eam propriè rem, &c.] Si
2 significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur, cùm simul res traditur creditori, Græcis *ἐνέχυρον*, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cùm res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno; *l. plebs.* 238. §. 1. *de verb. sign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam solam cadit ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum *ἀπὸ τοῦ ὑποτίθεσθαι*, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere, fiduciare*; ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quàm quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cùm per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem.* 9. §. *proprie.* 2. *de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ dumtaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantùm; ut apud eumdem Paul. *d. lib.* 2. *tit.* 13. Modestinus apud Licinum Ruffinum *in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur: sic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit verò & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, *ἐνέχυρον*, quàm *ὑποθήκην* significabatur. Cic. *in Topic. cap.* 10. *Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit, debet & procurator.* Paul. *d. tit.* 13. *Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib.* 2. *tit. de modo, id est, spatio; Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 14. Vinn. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis constituendis usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quid mancipabant alienabantve, ut quandocumque placeret alienanti, res restitueretur. Id quod sibi cavebant hac formula: *Uti inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* Cic. *de Offic. III.* 17. *& ad Fam. Epist. VII.* 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere, illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus restituatur. Isid. Hisp. *Orig. V.* 25. Ger. Noodt. *Obs. II.* 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hìc citatis, & apud Cic. *pro Flacc. cap.* 8. *fiduciatus servus*, pro oppignorato apud Paull. *Rec. Sent. II.* 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertull. *de Idololatr.* Eodem fiduciæ contractu aliquando usus esse in locatione conductione ex Plauti *Bacch. Act. IV. Scen. IV. v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltim *fiduciam* pro deposito dici à Cicerone *pro A. Cæcin. cap.* 3. & *pro Q. Rosc. Comœd. cap.* 6. non abs re conjecit Taubmann. ad Plaut. *p. m.* 489. Denique fiduciæ usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. *Antiq. nost. Rom. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. Hein.

Tex-

Textus.

De actionibus Prætoriis personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

Notæ.

8. *Receptitia*] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantùm in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantùm de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *l. 2. C. de const. pec.* add. Salmas. *de mod. usur. cap. 16.*

In actionem pecuniæ constitutæ] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

Commentarius.

1 *Recipere quid? actio receptitia.*
2 *Actionis receptitia & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

Hactenus actiones prætoriæ in rem; subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam, quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantùm proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

Cui similis videbatur receptitia] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quàm *promittere*. Cicero Licinio Crasso, *Fam. lib. 5. epist. 8. Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissimè esse observaturum*. Hæc autem receptitia actio tantùm ad trapezitas, sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

Nostra constitutione] Extat in *l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat, verbis solemnibus composita, hæc prætoria: illa tantùm contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantùm, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis, eam, quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus rebus conveniret, *l. pecuniæ. 178. de verb. sign.* 2

Si quid plenius] Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt, quod jussu exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo*.

Textus.

De constituta pecunia.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

Commentarius.

1 *Actionis de pecunia constituta introductæ causæ.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur?*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

1 Actio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto

cto constituerit se futurum, quod ante debitum fuit, *l.1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere*. Grave scilicet in hac specie maximè, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod
2 constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo, 16. §. 1. & seq. l. sed & si. 27. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quàm mitissimè cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.
3 *Pro se vel pro alio*] Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit, *l. 1. §. 1.* & passim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa. 18. §. 1. h. t. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *d. l. 5. §. 2. l. 1. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. debitum. 6. & deinceps. l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quàm creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim prætor adjecit, *d. l. 5. §. 2.* Postremo & aliud, quàm quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quàm quo dari oportet, *d. l. 1. §. an potest. 5. l. 4. l. 5. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive purè sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, *l. id quod. 19. p. & §. 1. eod.*

Nulla stipulatione interposita] Actioni constitutoriæ tunc locus est, cùm quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cùm sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis. 28. eod.* Quæ
4 species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus. 43. de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quàm fidejussori tributum est, *Nov. 4. c. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. C. h. t.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quàm quod debetur, & alii, quàm creditori, & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *sup. de fidejuss. sub §. fidejussores. 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύην communem.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NOTÆ.

10. *Ipso jure non teneantur*] Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum. *l. 8. de resc. vend. l. 8. §. ult. de accept.*

Veluti patrimonium] *l. 32. in fin. pr. de pec.* Peculium autem filiifam. hìc profectitium tantùm accipimus, *l. 18. in fin. de castr. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius?*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii rectè conveniatur?*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori 1
æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio

aut

aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacitè obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *arg. l.1.§.item. 5. de acquir. poss. l. 1.si à par. quis man.*ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, uti passim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Planè in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l. & ancillarum. 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eumdem locum habeat, *l. actionum. 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit, quia prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantùm peculio tenus.

Actiones] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. Quæsitum autem est, an
3 actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis. 44. de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an verò una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre; at non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjectio; prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantùm actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habet qualitatem, vid. *inf. tit. 8.*

De peculio] Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium verò filiifam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula
4 distinctè exposita sunt *sub tit. 9 lib. 2.* Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio rectè conveniri, sed de profectitio tantùm, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patrisfam. in eo obtinet, *l. ex castrensi. 18. in fin. de castr. pecul. l. 30. C. eod. l. 2. de sen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculi proprietatem filio concessit, & pater tantùm usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, desiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius post Bartol. *in l. 1. de pecul.* Christin. *vol. 3. decis. 35. n. 2.*

Adversus patrem & dominum] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. si quis. 44. de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore. 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. l. si quis. 44.* eum qui cum filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis. 44* filiifam. tantùm meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari. 5

Ex contractu] Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qui dejec. l. ex pœnalibus. 58. de reg. jur.* Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest: dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit. 8.* Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto. 52. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolutè contractus vocetur, *l. sed etsi. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.* Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusf. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l. 3. §. si filiusf. 5.* 6 7

& §. si servus. 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul. Pater autem ex una tantùm causa non tenetur, nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso jure] Ipso jure idem hìc valet, quod jure civili, uti & in § 1. *inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cav. l. 1. §. ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo. l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

II. *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?*
2 *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hìc tractetur?*
4 *Quam ob causam hæc actio à prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu, detur?*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non propriè & verè. Cur autem prætor hìc actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui jurasse. 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cùm in
1 actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hìc actionem dari legimus, *l. si duo. 13. §. 3. & seqq. eod. l. 7. §. si petent. 7 de public. in rem act.* & utilem interdum, *l. sed si. 11. §. ult. l. quod si. 29. de jurejur.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa una tantùm esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certè una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eamdem modo in factum, modo utilem à Consultis vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cùm dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod.* junct. *l. 1. & 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cùm conventio hìc aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quàm re: nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quàm ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solùm consistit; cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quàm an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc est, quod Paulus scribit, in *l. cum qui. 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Planè juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui. 30.* sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subjicit. Oldend. *class. 1 act. 9. in affin. rem.* Don. c. 8. *ad tit. de jurejur.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l. sed* 2
& si. 25. & l. seq. in fin. eod. cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cùm quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hìc quoque non sit actio in personam, cùm sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit; quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personã agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hìc actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l. 11. § 1. eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hìc utilem in rem dari censent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hìc agi dicamus. Donellus exi- 3
stimat, tractari solùm hoc loco de jurejurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia,

& ni-

& nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse actioni judicati dumtaxat, videlicet cùm jusjurandum actori defertur post litem contestatam: sive à reo approbante judice, quod propriè vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi. 31. de jurejur. l. 3. C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum. 34. §. ult. d. l. admonendi. 31. eod.* De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l. 34. §. ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l. 8. C. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3 de jurejur.* Atque in *d. l. 34. §. 7. eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, *l. 17. pr. eod.* Osvvald. Hilling. in Don. *lib. 24. C. 18.* E. Mudæus *ad hunc §. n. 5.*

Postulante adversario] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l. 3. de jurejur.*

Juraverit] At cùm jurare paratus esset, remis-
4 sum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 1 eod. l. 1. l. 8. C. eodem.* Remittit autem, qui deferente se cùm paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l. 6. eod.*

Justissimè accommodat ei talem actionem] Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. §. ult. eod.* item speciem transactionis continere, *l. 2. eod* id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi. 31. eod. l. quod si. 21. de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l. 1. eod.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ista ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *inf. sub tit. de except. §. 4.*

Sed an juraverit] Διὰ τὸ σέβας τοῦ ὅρκου. Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud quæritur, quàm an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi id satis probatum sit jurejurando, *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod l. post rem. 56. de re judic. l. si quis. 11. in fin. C. de jurejur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l. eum qui. 30. §. ult. eod.* Ant. Fab. *C. suo. eod. tit. defin. 11.* An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur DD. in *l. 1. l. 2. & l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. *Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex sua jurisdictione introduxit: velut adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset, cùm id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

12. *Qui quid ex albo*] In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum*, *l. 7. de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cùm id non impetrasset] *l. 4. §. 1. & deinceps. l. 5. cum 3. seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit] Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, *l. 1. l. pen. & pass. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit? & quid hoc loco sit album?*
2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur,*

non item qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litem occupanti?

3 *Qui in totum, & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur?*

4 *Quæ causa prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit? problematicè.*

5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extensio.*

6 *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie vix huic locum esse.*

7 *Recensentur pleraque alia actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipse prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pæne multas] Pro *pæne* videtur legendum *bene*, id est, valde: nam *bene* particula veteribus sæpe est *αὐξητικὴ*, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib. 2. de Orat. cap.* 88. *Habetis sermonem bene longum.* Idem *in Rull. cap* 22. *Adolescens non minus bene nummatus, quàm capillatus.* Oppius *de bell. Hisp. cap.* 12. *Cùm bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox, *cap.* 13. *Cùm bene magnam partem muri consumpsissent.*

1 *Qui quid ex albo*] Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum.* Quod D. Cujacio, *lib. 10. obs.* 10. & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet. Bus. *ad d. l.* 7. Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset.
2 Cùm autem duplex edictum sit, unum perpetuum, quod per universum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur, quale est citatorium & peremptorium, *l. ad peremptorium. 68. cum ll. seqq. de judic.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversus eos tantùm, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *d. l. 7. de jurisdict.* Illi auctoritatem magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempub. civesque universos lædere videntur: unde quoque est, quod hoc casu populare judicium prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, *d. l.* 7. Hi tantùm privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissent. Gomez. *hic num.* 5. cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisset*, scilicet dolo malo; nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l. 7. in pr. & §. doli.* 4. Tenetur verò hoc edicto non tantùm qui corrupit, sed etiam qui sustulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l. 7 §. ult.* Quæritur autem, cùm actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est, litem occupantis lucro eam cedere; per *l. 12. de verb. sign.* & ita post DD. comment. Gomez. *hic*, *n.* 29. Schneid. *num.* 28.

Qui patronum vel parentem in jus vocasset]
Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis 3
de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur sine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa, distinentur, *l. 2. cum 2. ll. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum, parenti, patrono, &c. constituit, *l. 4. cum aliquot seqq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2. 3. C. eod.*
Causam huic edicto dedisse 4
existimant veterem judiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret; quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. 1. *disput.* 1. Ræward. *cap. 5. ad l. 12. tabb.* Cujac. 10. *obs.* 10. Hotom. Don. Vult. *ad hunc §.* qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantùm sine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quosvis permissam fuisse. Quid enim, ajunt, tam alienum à disceptationibus civilibus, quàm judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec verò illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*; item *In jus eamus*, & apud Pli-

Plinium *in Paneg.c.36.In jus veni. Sequere ad tribunal*;manus arguere injectionem.Illa quidem arguere,quæ legitimus *in Eunucho 4,6,31.In jus ducito*. In *Aulularia 4, 10, 30. Ad prætorem terapiam*. In *Rudent.3,6,15.Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium 1. *Satyr.9.v.77. Rapis in jus*. Sed Horatium apertè loqui de vadimonii desertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantùm generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam illam impune exerceri potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum,*Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*. Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est,vi eximi posse,né eat.Nec verbum *ducere*,quo utitur Jurisconsultus in *l.5.§.1.qui satisd.cog.*hoc enim de volentibus propriè dici;ut in illo Senecæ: *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt*. Quod autem parentes & patroni sine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem,quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit,vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit;quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur,qui audiat,facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem: raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantùm in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Joan. Vaudi *lib.2. quæst.26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l.16.l.18.& seq.l.22.d.tit.l.2.§.1.si quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore
5 venisse, pœnam à prætore remitti. In his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æquè ac quivis privatus in jus vocari, *art.instruct.Cur.Holl.8.12.& 38.*Bus.Mornac. & Autumn. *ad l. 2. de in jus voc.* Zypæ. *not. jur.Belg.eod.vers. magistratus*. Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide Merul *lib.4.dist.4. sect.1.tit.3.cap.4.* Altera verò pars de parentibus sine venia non vocandis, etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, Jussu magistratus: nam etsi apud nos inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & supremaCuria,)ad solam petitionem actoris vocationem exequantur; id tamen faciunt quasi ex tacito & generali magistratus mandato. Gudelin.*lib.4.de jur.noviss.cap.5.* Merul.*d.sect.1. tit.6.cap.12.*Christin.*vol.2.decis.* 154. Perez.*C. de in jus voc.n.* 3. Enim verò venia in prima instantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. Ad parentes spirituales,quos vocant, id est,eos, qui agere volentem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. Alex. Castr. & alii in *l. generaliter. 13. de in jus voc.* Schneid. post Angel. Jas.*hic.num.42.*Christin.*vol.2.decis.90.n.7.*2. Ad socerum, socrum, vitricum, novercam,qui jure nostro parentum loco sunt genero,nurui, privigno, privignæ.DD.comm.in *d.l. generaliter.13.*Fulgosus tamen,& post eum Alex. *d.loc.*de vitrico & noverca dissentiunt;& D.Merula *d.sect.1.tit.4.cap.12.* tradit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit distinctio Jasonis *hic.num.75.*inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm ad tit.de pœn. tem.litig. infra cap.5.*3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit.Menoch.*2.arb. jud.quæst.ult.*Alciat. in *l.1.C.de in jus voc.num.* 8. Verùm alii hoc improbant. Duar. *cap. 4.de in jus voc.*Jas.*hic.num.78.*Alex.in *d.generaliter. 13.* Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non sit opus,in hac contra. Sed hoc admisso, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, secundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præceptorem non pertinere. Quasi si secundum mores hodiernos de reali citatione disputemus, quæ in causis civilibus rarissimè locum habet, & non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tanto minus hodie illa distinctione utemur. Considerandum verò, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres teste Juvenale *satyr.7. sancti voluere parentis esse loco.* 4. Ad universitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quàm parentibus debet. Grammat. *cons. civ.* 40.Viv.*opin.* 119.*lib.* 2. Schneid.*hic.*post Ang Jas.*n.44.*Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christin. *vol. 2. dec. 90. n. 7.* Postremo sunt, qui nec dominum feudi à vasallo sine permissu judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster *d.c. 12.* Sed communis opinio contrarium tenet.Myns.*4.obs.92.* Gail.*de pignor.c.15. n.6.*D.Præs.Eveth.*in locis legal.à libert.ad Vasall. in fin.*Schneid *hic.n.45.*Grot. *2.manuduct.ca.41.in calce.* Planè si dominus feudi simul sit & dominus

territorii, non poterit à vasallo sine venia vocari, non quia vasallus, sed quia subditus, cui utique dominum eumdemque Principem suum in jus vocare sine petitione veniæ licere non debet, Gail. *d. cap. 15.* Rol. à Vall. *conf.* 18. *lib.* 2. Alciat. *ad l.* 2. *C. de in jus voc.* Arnold. de Reyg. *in addit. ad observ.* Mynf. 92. VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una quæstione supervacua sexcentæ aliæ. Edicti prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publicè sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existimemus, vocare tantum licuisse, parum verecundum profectò erat, filium patri, libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus*. Noluit itaque prætor eam vocationem, sine venia fieri. At quid hæc caussa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in universum hujus juris ratione, ipsum jus cessat? Sed ita multa passim sine delectu in fora recepta videas, quæ ipsi forte Romani, si ea apud nos fieri viderent, riderent. HEIN.

6 *Qui vi exemerit eum*] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore constitutum est, *l.* 1. *& pass. ne quis eum, &c.* Pœna autem longè alia est, quam superiorum: nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere, *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus.

7 *Et alias innumerabiles*] Τ' ἀφθονῶν, pro *multas & varias*, veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis; contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eod.* item contra mensorem, *tit. ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cætera ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*] Præjudicia sive actiones præjudiciales rectè definiuntur à Theoph. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restitui, sed tantùm ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

Unam legitimam causam] Utpote quæ ex lege 12. tabb descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Cætera ex ipsius prætoris] De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis, *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, & unde sic appellentur?*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3 *De libertate inter quos agatur?*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*
5 *Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur?*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hæc differat ab illa de partu agnoscendo?*

Duobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque caussis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam verò hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacitè hìc removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in
rem: quàm rectè, videbimus inferius. Præjudi- 1
ciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure fa-

mi-

miliæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties.* 18. *de prob. l. ult. si ingen. ess. dic. l.*3.§.2. *de agn. lib. l.* 1.§. 2. *de rei vind. l. actionis.* 37. *de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in *l. Papinianus.*8.§.*pen. de inoff. testam. l. per minorem.* 54. *de judic. l. fundum.* 16.*l. fundi.* 18.*l. rei.*21. *de except. l.*5 *in fin. de hered petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *l. antepen. de stat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.* 1.§.*ult. l.*2.*l.* 3.*pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter.* 12. *de except. l. circa.* 14. *de probat.*

2 *In rem esse videntur*] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur; quoniam his omnibus, qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantùm præ se ferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l.* 9. *l. qui restituere.* 68. *de rei vind.* Quod etiam intellexit Theophilus, cùm præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est. D. Herm. Vultejus *hic. & discept. scholast.* 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quàm hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile confutare poterunt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

3 *An aliquis liber*] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

An libertus sit] Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum planè esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa.* 14. *l. quoties.* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant Jo. Fab. Zas. Schneid. *hic. n.* 20. & DD. comm. Alio autem pacto domino consuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commissum auferre possit. 4

De partu agnoscendo] Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito: quod cùm quæritur, vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur in patrem & filium, in qua & ipsa idem illud quæritur, & apertè, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse, editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *l.* 1.§. *quemadmodum.* 11. *de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, & agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur, *d. l.* 1.§. *pen. & ult.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *l.* 3.§.1. *d. tit.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *d. l.* 3.§.2. Illud hic sciendum est, permitti mulieri intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *d. l.* 1. §. 1. qui si nec ipse, nec alius ejus nomine responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *d. l.* 1. §. *pæna.* 4. & §. *antep.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. 5

Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se 6

filium dicit, huic præjudicialis actio eſt adverſus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoſcatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l.3.§.1. de agnoſc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium ſuum eſſe aliquando actione opus eſt, ut id ita eſſe declaretur; veluti cùm partus ex uxore editus eſt, & cùm illa denuntiaſſet ſe eſſe prægnantem, maritus non negavit. Hìc enim etſi in re dubia partus pro filio habetur, & alendus eſt, tamen non ideo filius efficitur & ſuus hæres, quod facit ſententia pro partu lata, *d.l.1. §. ult. de agnoſc. & alend. lib.* ſed veritati adhuc locus ſupereſt, & poſtquam verè conſtiterit filium non eſſe, ceſſat exinde alendi neceſſitas, *d.l.1.§. Juſtinianus.12. & §.antepen.* Dubium verò non eſt, quin hìc neganti actio in eam rem detur: & quæ datur, ipſa itidem ſit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria eſſe diximus. Et ex diverſo ſi quis pro filio habitus neget ſe filium eſſe, non eſt dubitandum, quin ſimiliter illi actio in eam rem danda ſit, ſicut ei datur, qui ſe negat eſſe patrem, ne ea quæ ſunt filii, præſtare cogatur. Ex his intelligi poteſt, longè diverſam eſſe hanc actionem à priore illa de partu agnoſcendo. Nam hìc inter patrem & filium controverſia eſt; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu ſoli matri adverſus maritum datur, non marito adverſus matrem. Hæc tam filio adverſus patrem, quàm patri adverſus filium. Illa datur matri ſolùm affirmanti partum juſtum eſſe, & mariti filium, neganti non item. Hæc ſic patri datur adverſus filium, ut detur & affirmanti filium ſuum eſſe eum, cum quo agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis ſit filius ex cauſa juſti partus, ſed ex quavis cauſa, qua quis jure civili juſtus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliiſque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, & conſequenter nomen, arma & inſignia familiæ ferre, feudaque & alias ſucceſſiones ſperare poſſit, cum Bart. Spec. Jaſ. Zaſ. concludit Schneid. *hic n.34.* Duo priora nobis incognita ſunt, quia ſervos aut libertos non habemus.

Vna legitimam cauſam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem cauſam continet, civilis eſt legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubiè deſcendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium conſtituta ſint, ut patet ex inſcriptionibus reſponſorum ſub *tit. de lib. cauſ.* reliquæ ex juriſdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoſcendo cauta ſunt Senatuſconſultis, *l.1. l.3.§.1. de agnoſc. lib.*

TEXTUS.

An res ſua condici poſſit.

14. *Sic itaque diſcretis actionibus, certum eſt, non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere:* Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris eſt, id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris eſt, magis ejus fieri poteſt. Planè odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis ſit adverſus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem ſuam quis eſſe petit.*

COMMENTARIUS.

1 *Vix eſſe, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem ſuam ſibi dari petit.*
2 *Difficile expeditu eſſe, quomodo furi res condici poſſit, ſeu cum eo ſic agi, ut intendamus, eum rem noſtram nobis dare debere.*
3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo iſtud commodum conſiſtat?*

CONfirmata diviſione actionum in rem & in perſonam, aliquid ſubjicit, quod ad vim diviſionis pertinet; certè olim pertinuit, cùm adhuc formulæ in uſu eſſent. Didicimus, actione in rem ſic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio poſſidetur, ſuam eſſe; actione in perſonam ita, ut dicat, adverſarium dare aut facere oportere, *§. 1. ſup. eod.* Quamquam quædam actiones perſonales ſunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, ſeu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppoſitione infert, non poſſe eum, qui rem ſuam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere*; propterea quod verbum *dare*, cujus alias latior ſignificatio eſt, in hac formula ſignificet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat; quod autem alicujus eſt, id amplius ejus fieri non poſſe, *§ ſed ſi rem. 10. ſup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus cauſis idem nobis deberi poſſit, tamen ex pluribus cauſis idem non poſſe noſtrum eſſe, *l. 14. §. 2. de exc. rei jud. l. non ut. 159 de reg. jur.* Sic item in ſtipulationibus verbum dandi ſtrictè accipitur, *l. ubi autem. 75. §. ult. de verb. oblig.* indeque eſt, quod nemo rem ſuam ſibi dari utiliter ſtipulatur, *l. nemo. 82. d. tit. §. 2. ſup. de inut. ſtip.* Cæterum hodie vix 1
eſt, ut perperam agere dici poſſit, qui rem ſuam ſibi dari petit, poſtquam formulis ſublatis viſum eſt ſufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibuſvis commodis, & id,

id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l. 1. & 2. C. de form. & imp. subl.* maximè cùm apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hìc Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti: add. Præsid. Everhard. *cons.* 47. *num.* 6. Greg. Tholosan. 43. *syntagm. cap.* 2. D. Tulden. *C. de form. & impetr. num.* 2. Christin. *vol.* 2. *decis.* 146. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque Curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit D. Merula *d. tit. cap.* 2. Plures auctor libri, cui titulus *Het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegan.*

Plane odio furum] Exceptionis superioris regula. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judicii experiri possit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, *l. 1. & passim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. usufr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest*. Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hìc Justinianus, nimirum propter odium furum, ut
2 pluribus actionibus teneantur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Utique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quàm si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino, cui soli condictionem furtivam competere constat, *l. 1. de cond. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, uti profecto est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi propriè & strictè acceptum, eoque intellectam tantùm dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & impropriè sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & Gloss. hìc innuit, & facit *l. scire.* 29. §. 1. *de verb. obl.* Cæteroquin non video, quæ ratio dari possit, cur ex causa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit: ex cæteris autem causis ita perperam agi. Planè furi non tantùm ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest: quod interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. l. si urbana.* 55. *in fin. de cond. indeb.* junct. *l.* 15. §. 1. *eod. l. si procuratori.* 14. *in fin. de cond. caus. dat. l.* 6. §. *pen. l. rerum.* 25. *de act. rer. amot.* Gomes. *hic. n.* 28. post Accurs. Jo. Fab. Angel. Jas. In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterisque violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino potest, *l. 1. in fin. cum l. seq. de cond. trit. &* 16. Donell.

Quo magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maximè si quarumdam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionum furti pœnalem esset & in rem actio, 3
per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, §. *ult. sup. de oblig. quæ ex del. l.* 1. *& tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quàm rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quàm ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solùm, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, §. *furti.* 13. *cum seq. sup. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in eo, quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve, qui dolo malo possidere desiit, detur: condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec dolo desierit possidere, §. *ult. sup. d. tit.* quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, immo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. eod.* & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. *num.* 19. Tulden. *ad d. tit. C. num* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 12.
num.

num. 2. Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in *d. l.* 8. §. 1. *& d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, *l.* 5. *de reb. cred. l. si servum.* 91. §. *sequitur.* 3. *de verb. oblig.* Idem verò effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maximè ei possit objici culpa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio.* 36. *de rei vind.* Planè mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerit, *l. item si.* 15. §. *ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem.* 27. § 1. *cod.* Vide quæ nos *supr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quàm in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam verò actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc verò abusive dicimus, condictionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere est denuntiare] Donat. *ad Phorm. act.* 1. *scen.* 2. Festus, *Condictio in diem certum est ejus rei, qua de agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium. Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*
2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio?*
3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie?*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones, vindicationes, in personam verò condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l. actionum.* 25. *de obl. & act. Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet verò hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solùm actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l.* 1. *& passim. si ususfr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus.* 16. §. *in vindicatione.* 3. *de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat.* 36. *de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vindicationes] De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib.* 4. *de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib.* 20. *noct.* 10. festucariam appellat; quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maximè quia non vim dicere, sed vim facere dicimus. Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cùm de significatione constet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est, 1
quàm aliquid sibi assumere, & suum esse dicere, sive id dominium sit, aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cùm olim mutuæ essent vindicationes, vid. *sup.* §. 1. *sub fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur, & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præsenti apud prætorem: postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tamquam in

toto

toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc verò apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat. 3. Verrin. cap. 45.* quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cùm litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat, nisi sua sit hæreditas, de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sanè veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnumquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

2 *Condicere est denuntiare*] Quod Justinianus hìc ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare: & condictio est ejus rei, quæ agitur denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. scen. 2. & tibi scribam dicam: à denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere, multoque minus quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit condictio. Itaque sciendum est, verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. *ad Lentul. Fam. 1. ep. 9. Crassus, cùm mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in *Tib. cap. 42. Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia verò ad hanc rem fere tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina 3. cap. 9.* sic scribit: *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cùm in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* At enim cùm hæc sive condictio, sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis designata sit? Credibile omnino est, cùm ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris auctoribus maximè usitato. Itaque cùm actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque judicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. Vinn. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur à vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra, in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus consertio, sed tantum verbis inter se agebant, & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem

cem condicebant, id est, promittebant per sponsiones, e. g. Actor reum provocabat: *Spondes ne censum, si dare facere debebis?* respondebat reus: *spondeo*, simulque actorem provocabat: *Tu vero sponden' centum, ni dare, facere debeo?* Respondebat actor: *spondeo*. Hoc verò & propriè erat *condicere*, id est promittere. Observabantur quidem tales sponsiones etiam in judiciis in rem: sed quum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimus, maluerunt ab illo nomen his imponere, *condictionis* vocabulo judiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc verò abusivè dicimus condictionem] Rectè *abusivè*; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, à quo proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quantumvis usu rei exoleto.

3 *Nulla hoc tempore denuntiatio*] Justiniani ætate vetus illa condictio & solemnis illa ad judicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis. 6. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteræque circumstantiæ desiderare videntur. D. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14.* Gail. *1. obs. 74. n. 16. & seqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid hìc vocetur rei persecutio, quid pœnæ: & usus hujus divisionis?*

PRoponitur hìc alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quàm rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hìc vocetur rei persecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maximè facit. Sed quod hìc 1
omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum à Paulo tradita *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor; quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest, *§. ult. de verb. obl. l. ult. de præt. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est verò & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

Notæ.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*] Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, *d. l. 35. hoc tit.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur. 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, §. *ult. sup. de verb. obl.*

Commentarius.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2 *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quàm illa ex deposito miserabili?*
3 *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantùm ex proprio dolo detur?*

1 O*Mnes in rem*] Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cùm actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quàm æstimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quàm rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sanè æquissimum est, arbitrio domini definiri, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ] Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quàm quod no-
2 bis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. *vi autem. 19. inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *l. redhibitoria. 45. de adil. edict.* sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quàm quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, *fac. l. cum autem. 23. §. si servus. 4. d. titul.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur: quia ex stipulatione duplæ competit, *l. 2. & pass. de evict. l. quod si nolit. 31. §. qui assidua. 20. de adil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætore redditur, *l. 1. §. 1. depos.* Merito has causas deponendi à 3 cæteris segregavit prætor: primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc verò singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l. §. 2. & seqq. depos. l. 1. & passim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantùm in simplum actio est, *d. l. 1. § hæc autem. 4. depos. §. sed furti. 28. inf. hoc tit.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipsius] De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cùm ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti; nam tunc in hæredem in simplum dumtaxat hoc judicium datur, *d. l. 1. § 1. l. 18 depos.* Non obstat, quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniantur, *l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. alt ea. 157. §. ult. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinent, sed ad eas tantùm, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

Textus.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis verò proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quàm rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli; sive non manifesti, dupli; de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suum esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

De

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solùm si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

18. *Aliæ tantùm pœnæ persequendæ*] Paul. *l. 35. hoc tit.* persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo, quibus persequimur pœnam legitimam.

19. *Si adversus inficiantem*] Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. *ult. sup. de obl. quæ quas. ex cont.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro merè pœnalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*
2 *Quæ quibus exceptis mixtæ?*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non sint?*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei: quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantùm excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continet, *l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantùm actione furti] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. *ult. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum: quippe quæ nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantùm vindictam crimi-
1 nis, *l. 7. §. 1. de injur.* Pro purè pœnalibus habendæ etiam sunt actio, de albo corrupto, 7. *de jurisd. §. pœnalis. 12. sup. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, *d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito, §. 1. *tit. præc. l. 5. §. prætor. 5. de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis] Eam vel vindicando à quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. *ult. sup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti; sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantùm sit tripli, *sup. vi bon. rapt. in pr.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. *his autem. 9. & 14. sup. de leg. Aquil.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. ult. sup. de obl. quæ qu. ex contr.*
Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præ- 2
ter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ merè pœnales sunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *l. 14. §. in hac actione. 5. de serv. corrupt.* quod metus causa, *l. item si. 14. §. sed & si. 9. & 2. seqq. quod met. caus.* de calumnia, *l. 5. §. 1. de calum.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. *& seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt
sup. de obl. quæ qu. ex del. Illud sciendum est, 3
quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantùm concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo diligentius disseruimus *inf. de perp. & temp. action.* §. 1.

Relicta sacrosanctis Ecclesiis] Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur; ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere hìc excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut

alia

aliis venerabilibus locis, puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit, si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur, §. *sed furti.* 26. *inf.* Scholiastes Theoph. *οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ δίπλωσις εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται βιβ. α. τοῦ κωδ. τ. γ. διατ. με.* hoc est, *l.* 45. *C. hoc tit.* in editione Gotofr. & Pacii est *l.* 46.

Textus.

De mixtis, id est, tam in rem, quàm in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quàm in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

Notæ.

20. *Quæ competit cohæredibus*] Tres hæ actiones, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, *l.* 1. *fam. erc. l. ult. fin. reg.* quæ ideo constitutæ, ut communio, cujus materia discordias excitare solet, (*l.* 77. §. 20. *de leg.* 2.) tollatur. Pac.

Qui confines agros habent] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis] Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf.* §. 4. & 2. *seqq. de off jud.*

Commentarius.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ?*
2 *Judicium fam. ercisc. inter quos reddatur, & quid contineat?*
3 *Inter quos quá de re agatur communi dividundo?*
4 *Inter quos finium regundorum, & hujus rei gratia?*

Per occasionem, quod proximè dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum: sed quæ longè diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quàm dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dici, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cùm omnes rei tantùm persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, 1
hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocati, quàm quo mixta appellantur in *l. actionis.* 37. §. 1. *de obl. & act.* & alibi duplicia, *l.* 2. §. 1. *comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, *l. in tribus.* 13. *de jud. l. judicium.* 10. *fin. reg. l. inter cohæredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *fam. erc.*

Mixtam causam obtinere videntur tam in rem] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quàm in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent, *l.* 1. *fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* quod fusius à me expositum, *sup.* §. 1. *hoc tit.* Vinn. Sed tu vide quoque sis, quæ ibi adnotavimus. Hein.

Quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate] Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividatur, & à communione discedatur, *l.* 1. *fam. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo.* 22. §. *penult. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in in extremo hujus §. declaratur in *familiæ.* 4. *inf. de off. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteri hæredibus communicet, *l. inter.* 44. §. 2. & 3. *fam. ercisc. l.* 3. *C. eod. d.* §. 4. *inf. de off. jud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque farciat, *l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. & §. *item culpa.* 18. *famil. ercisc. cujus exempl. in l. & puto.* 16. §. *pen. l. inter.* 44. §. *quod ex facto.* 5. *eod.* Impensarum, ut

ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundatur, *l. his consequenter.* 18. §. *sumptum.* 3. *eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes.* 25. §. *idem juris.* 13. *& seq.* Indicantur hæc genera in communee, *l. quibus casibus.* 34. *pro soc.* in judicio communi dividundo, *l. 3. comm. div.*

3 *Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur*] Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *l. 3. comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem.* 5. *infr. de off. jud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. cætera.* 11. *comm. div.*

4 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*] Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l. 4. pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & si fines commodè dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distingnere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. §. pen. inf. de off. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hìc in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. jud. §. si familiæ.* 4. *& 2. seqq. de off. jud.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 *An ulla actio plus quàm quadruplum persequatur?*

Tertia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantùm, an utrumque simul; hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens.* 33. *inf eod.* Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quàm quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l. Julianus.* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *l. inde Neratius.* 23. *in pr. ad leg. Aq. §. illud.* 10. *sup. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longè excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actori abest; id verò, quod abest, & τὸ interesse actoris, etsi interdum longè & vel decuplo pluris æstimetur, quàm quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, sed tantùm in simplum, neque in id solum, quod actori per culpam rei abest: An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri.* 18. *de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

COMMENTARIUS.

IN simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & sim-

& simplum, quod nobis abest, persequimur: Itaque & si quæ sit actio ex delicto; quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia contra causam inficiationis aut moræ; *§. vi bonorum. 19. sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. eod. tit.* & si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cùm pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *l. 7. de jurisd. l. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait. prætor. 6. de his qui dejec. l. pen. C. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione] Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum. 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam non pœnam persequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriosè vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne. Quia hoc loco tantùm ei propositum est ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, *§. ex maleficiis. 18. & seqq. sup. §. sed furti. 26. inf. eodem.*

Depositi ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, l. 1. §. 1. depos. §. rei persequendæ. 17. in fin. sup. h. t.*

Vinnius in Institut.

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera servus quolibet modo deterior factus est, *l. 1. cum seqq. de serv. corr.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *l. si quis. 20. C. d. tit. §. sed etsi. 8. sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit: duplatur enim omne damnum, *l. in hoc. 10. eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, *l. ut tantum. 14. §. 1. eodem.*

TEXTUS.

In triplum.

24. *Tripli verò agimus, cùm quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, qui viatores, id est, apparitores seu litium executores, *§. seq. inf. l. 5. §. ne tamen. 13. de reb. cor. qui sub tut.* majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem summam sportularum] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut planè constat ex *l. omnes. 33. §. executoribus. 5. C. de Episc. & Cler. l. in sacris. 12. C. de prox. sacr. scrin. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & à reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est. Gudelin. *lib. 4. cap. 5. in fin.* De sportulis earumque vario usu vid. Fr. Juret.

in not. ad Symmach. lib. 4. epist. 55. & Bachov. *ad hunc* §.

In triplum ab actore] Datur hæc actio reo in minorem summam, quàm quæ petita fuit, condemnato adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quàm ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant, §. *si quis. 33. in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Ruffard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus: *Ex qua procul dubio certum est ex lege condictitiam emanare*. Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, qua actione experiendum sit, lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex *paraphrasi* ejus apparet.

T E X T U S.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti; item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam egerint.*

N O T Æ.

25. *Calumniæ causa negotium*] *l. 1. l. 3. de calumn.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l. 5. §. 1. d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare. Quint. *lib. 5. cap. 12.*

Ex lege condictitia nostra constitutio] Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur*. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov. 124. cap. 3.*

COMMENTARIUS.

Recensentur hîc quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio merè pœnalis est, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abest aut interest, persecutio.

De eo, quod metus causa] Quod metus causa gestum est, prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item si. 14. §. 1. quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoriæ, *l. 14. §. sed & si. 9. cum §§. seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causa, est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *l. 5. §. 1. d. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubiè ita scriptum fuit: *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur* &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hîc proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hîc mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet *Nov. 124. cap. 3.* ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

T E X T U S.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at istæ, (id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confiten-*

tentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solùm inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem verò, antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacitè continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

NOTÆ.

26. *Omnimodo dupli*] Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Theoph.

In confitentem in simplum] Potest itaque hìc reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui jussu judicis*] In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *l. 14. §. 1. quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hìc nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ: quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantùm dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text. §. si autem. 19. sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantùm ex hoc genere excipitur actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *h. text. §. item actio. 27. l. item si. 14. §. 2. & 4. quod met. caus.* Est & alia, & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod scilicet quædam sint merè pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est, *§. ex malef. 18. & seq. h. t.* VINN. Intererat hìc monere, cur Justinianus hìc dicat in actionis quod metus caussa *natura tacitè hoc contineri*, ut, qui jussu judicis rem restituat, absolvatur, si non pareat, condemnetur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Hartum autem actionum ea est natura, ut judici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si verò arbitrio non pareat reus, condemnatio in majus fieri possit. Quod ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, *his actionibus proprium esse*, *observat* Theophil. *ad §. 31. hoc tit.* HEIN. Apud nos omnes actiones sunt 1
rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantùm potestas est ejus quod sibi abest persequendi judicio civili. Jo. Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part. 2.* Gudelin. *de jur. nov. 3. c. 13.* Groenevv. *de ll. abr. ad rubr. C. de pæn.* & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. Vid. *sup. ad §. 10. de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati, depositi; pro socio, tutelæ; commodati; pigneratitia; familiæ erciscundæ; communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio apertè eam esse bonæ fidei, disposuit.*

NOTÆ.

28. *Quædam bonæ fidei*] Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top. & 3. de off.* Sen. *3. de benef. & 2. de Clem.*

Quædam stricti juris] Strictæ, stricti judicii, *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* in quibus potestas judicii

formulæ adstricta est. Sen. 2. *de Clem. cap. ult. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ] ὁριστικῶς. Unde intelligimus, & omnes quæ hìc enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infra* §.31.

Præscriptis verbis] Non omnes, sed illæ duæ dumtaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.*

Nostra constitutio eam esse ex bon. fid.] *l. ult. C. de pet. hær.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *l.* 25. §. *propon. D. eod.* propter quas ad natutam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *l.* 7. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ?*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant?*
5 *Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hic recensentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hic omissa?*
7 *Cur duæ præscriptis verbis æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei?*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hìc alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

1 *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*] Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hìc aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam à duabus, quæ hìc proponuntur, speciem constituere videntur, §. *præterea.* 31. *inf. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *l. placuit.* 8. *C. de judic.* ubi Imp. ait placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quàm stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l.* 4. *C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam si in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus certè iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* 8. juris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantùm nititur contra sententiam & rationem legis, numquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cùm dicimus, quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, ut & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quàm quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut ex contrario, nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quàm quasdam esse liberæ potestati judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ.* 30. *inf. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius *in analysi sua*, dum putant, quasdam actiones stricti juris ideo diei, quod in his judex *τὸ ἀκριβοδίκαιον*, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum, quod ex *l.* 4. *C. de obl. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quamdam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo.* 5. *C. de inutil. stipul. l. si quis.* 36. *de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides, æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem: quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur, sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur postea. Sed esto, inquis: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantùm posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hìc proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cùm statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. *præterea.* 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & à duabus, quæ hìc ponuntur, planè diversam, videbimus sub *d.* §. *præterea.* 31.

Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judiei permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pæne verbis 2

ex-

expressa *l.* 2. §. 3. *l.* 5. *pr. de obl. & act.* §. *in bonæ.* 30. *infr. eod.* Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Horomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cic. in *Top. & lib.* 3. *de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quàm actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto alias l. emptorem.* 11. §. *ult. de act. empt. l. mora.* 32. §. 2. *de usur. l. cum qui.* 22. *de donat. l. in bonæ.* 13. *C. de pact. l.* 3. *C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam prætor in quibusdam judiciis liberam judici potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis verò judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judicii potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantùm obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex conf. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid singula nuncupatum sit, quàm quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cùm autem unus tantùm obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expressè convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *l. quicquid.* 99. *de verb. obl. l.* 3. *de reb. creditis.* Ex hac inquam diversitate contractuum prorsus dubio est, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo angustius & strictè, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus μονοπλεύροις, veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermopul. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib.* 10. *titul.* 4. ἐπὶ στρικτῶν ἤτοι μονοπλεύρων, estque hujus rei etiam hoc argumentum: quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatæ sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus διπλεύροις veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul 3
intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ, inquam, actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quàm formula exprimebat: qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *l.* 3. *de benef. cap.* 3. *Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponat; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *lib.* 2. *de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. 1. Quod 4
in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit.* 3. §. *quia assidua.* 20. *de ædil. edict.* item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscurè loquatur, aut malitiosè dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l.* 1. §. 1. *l. Julianus.* 13. *pr. l. si sterilis.* 21. §. 1. *l. in venditione.* 41. *de act. empt. l. ea quæ.* 43. §. *ult. de contr. empt. l.* 1. §. 1. *& pass. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse abfuturumque esse, *l.* 6. *in fin. de act. empt. & l. ea quæ.* 43. *l. si cum fundum.* 68. §. 1. *de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio,

l. 7. de neg. gest. 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter. 7. de dol mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. §. ult. pro soc. l. in causæ. 16. §. 1. de minor.* Et hoc est, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *l. 13. §. 4. & seqq. de act. empt. l. 2. C. eod. dict. l. & eleganter. 7. §. 3. de dol. mal.* qua de re consule Bachovium *disp. 6. de act. thes. 16. & seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti *de eo, quod met. caus.* & textu expresso in *l. 4. & 5. C. de his qui met. caus.* de quo item adi Bachov. *d. loc.* & nostra *lib. 1. sel. quæst. 12.* 3. Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res. 16. depos.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in certis rebus fructus. De usuris disertè hoc traditum est in *l. mora. 32. §. 2. de usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in l. usuræ. 34. de usur.* fructuum quoque eamdem conditionem esse oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. usuræ. 34. de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus. 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cùm in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono; idque veteres significant, cùm ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, & si non excipiatur, satis per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. sed si ideo. 21. in fin. sol. matr. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. 5. de legat. 1. l. planè. 38. l. ult. de hæred. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l. quicquid. 99. de verb. obl.* nisi sit, quod natura negotii contineatur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti. 15. de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis, per *d. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de ædil. edict.* Ubi non expressè clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter. 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso jure stipulatio & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l. si quis. 36. de verb. obl. l. dolo. 5. C. de inut. stipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l. 7. §. 3. de dol.* De usuris jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cùm ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantùm tribuatur, *l. mora. 32. §. 2. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & disertè traditum est, in strictis judiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *l. Titius. 24. de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his judiciis currere incipient, *l. 1. C. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite. 35. de usur.* lite contestata, usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere, seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *l. 1. C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta, usuræ non currunt, seu cursus usurarum sistitur, *l. novatione. 18. de novat.* litis autem contestatio novationem quamdam inducit, *l. delegare. 11. §. 1. l. aliam. 29. d. tit. l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *d. l. aliam. 29.* add. Don. *hic. n. 31.* Perez. *ad tit. C. de usur. num. 22.* De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora facta sit post acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *l. videamus. 38. §. si actionem. 7. de usur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus quod nostrum fuit, cujusmodi sunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus, ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, *l. indebiti. 15. de cond. ind. d. l. videamus. 38. §. 1. & aliquot seqq.* Don. *de fructib. c. 1.* Planè in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est, *l. 5. in fin. cum l. seq.*

§. q. de in lit. jur. favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora ad instar bonæ fidei judiciorum, *l. 3. l. usuræ. 34. de usur. l. 3. C. in quib. ca. in int. rest.* Denique in strictis judiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. de exc.* Non contestatam posteà objicere non licet, de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in strictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune fit, *l. 3. pr. & §. 1. de usur.* Quod in illis in incunda rei deperditæ æstimatione tempus rei judicatæ spectetur: in his tempus litis contestatæ, *l. 3. §. 2. commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *l. 5. pr. & §. ult. cum l. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc judiciorum distinctio generali desuetudine pæne deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu nunc videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi à tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eamdem esse præstationem accepi: quod sanè in Gallia expressè sancitum. Imbert. *in enchirid. verb. evictione an liceat.* Rebuff. *ad const. Reg. tom. 3. tract. de fruct. art. 1.* add. Baro. *inst. de off. jud. comm. part. alt.* Gudelin. *3. de jur. noviss. cap. 13.* Groenevv. *de leg. abr. ad h. §.*

5 *Bonæ fidei sunt hæ; ex empto, vendito, &c.*] Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt; veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cùm exempli gratia quædam proferuntur: sed *ἀπεριάστως*, *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur, indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantùm actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse: cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus *§. præterea. 31.* esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *l. 5. §. ult. & l. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, *l. eum qui. 22. de donat.* condictio indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* & conditiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic nôn nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo: ut condictio indebiti, *l. pen. de cond. ind.* actio funeraria, *l. & si quis. 14. §. hæc actio. 6. de relig.* actio injuriarum, *l. 11. §. 1. de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l. 2. §. 2. de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quàm quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quàm quæ hic commemorantur. Planè actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur *d. l. & si quis. 14. §. idem Labeo. 13. de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cùm hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solutè judicat, sed adstringitur formulæ: ut proinde existimem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, ut adjectio, *arg. l. 1. d. l. & si quis. 14. §. sed interdum. 7 §. fortassis. 9. §. si quis. 11. & d. §. idem Labeo. 13. de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ dumtaxat excludantur, quæ planè sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantùm qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ pigneratitiæ, quàm directis ex iisdem causis: & quin per enumeratas non solùm directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *l. 3. C. de transact.* Eademque ratione & actionem protutelæ, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l. 1. de poss. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *l. 1. C. de jur. emphyt. fac. §. 3. sup. de locat.*

Ex empto, vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *sup. tit. de obl. ex cons. l. 2. de obl. & act.*

Familiæ erciscundæ, communi dividundo] Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum 6

consulto prætermissunt, quia hoc judicium à cæteris in eo discrepar, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gestu, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem getir, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quàm quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de obl. quæ quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *dec. 94. err. 1.* arbitraria: quoniam pro vindicatione est, *l. 1. fin. reg. fac. l. 4. §. 3. eod.* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

7 *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*] Ex actionibus præscripris verbis duæ tantùm hìc proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cùm res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cùm sint bonæ fidei, merito quæ hìc dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscripris verbis, locum non inveniunt. Videsis D. Bachov. *disp. 6. de act. thes. 8.*

8 *Hæreditatis petitio*] Petitioni hæreditatis, cùm ea sit actio in rem, *l. 25. §. propen. de hæred. petit. l. 1. de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei: siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo gestu nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli veterum eam à classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum; item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. l. 25. §. antep. l. item veniunt. 20. l. planè. 38. de hæred. petit.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* Posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Justinianus *l. ult. fin. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cùm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulato actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantùm in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

NOTÆ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*] Quatuor singularia hìc à Justiniano constituta. 1. ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. un. §. 1.* 4. ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

Cujus solius providentia] His verbis excluduntur tantùm hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat; & quid hìc novi à Justiniano?*
2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quàm rei uxoriæ?*
3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*
4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus; & quid hìc juris apud nos?*
5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

SOluto matrimonio, dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneat apud maritum, *l. 32. de pact. dot.* 1

dot. Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit.* 13. *C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si socer.* 44. *eod. l. pater.* 71. *de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l.* 21. *solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiaf. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit.* 13. Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus est, patris solius actio propria est, *d. l. un. §. & hoc* 14. Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *d. l. un. Cod. de rei ux. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr. §. 1. & 2. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si. 21. de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib 3. de offic. c. 17.* discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum aequius melius.* Cujus etiam vestigia existunt in *l. penultim. §. ult. solut. matr. l. si cum. 82. de solut.*

2 *Pleniorem esse ex stipulatu*] Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non etiam in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cùm absque stipulatione alterutrum tantùm ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei. 15. § 1 solut. matr.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un. § taceat. 5.* Ad hæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. maneat. 4 & §. illo. 6.* Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cùm in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum autem. 7.*

Tacitam ei dedimus hypothecam] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un. §. 1.* & tandem ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicuèque apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantùm, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. Ant. Mer. 3. *controv. 9.* Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantùm creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, eam, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita comm. DD. in *d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud Jas. Zas. Gomez. *hic.* Neguf. *de pign. part. 5. memb. 2. num. 23.* Covar. *1. n. res. 7. n. 1.* Et secundum hoc temperamentū passim judicari solet, restib. Schn. *n. 58.* Ant. Fab. *C. suo qui pot. in pign. def. 16.* Christin. *vol. 4. dec. 159. n. 8.* Gail. *2. obs. 25. n. 10.* ubi diserte ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quanquam contrarium judicium Cameræ affert Mynf. *4. obs. 13.* Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, disces ex Neostad. *de pact. antenupt. obs. 9. 10. 21.* Grot. *1. introd. c. 5. & 1. introd. c. 12.* Antverpiæ jus civile & privilegia dotis servantur sine ullo pacto. 3

4

Cùm ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios, qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex 5

stipu-

stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un. §. illo. 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam, quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis. C. qui pot. in pign.* & *Nov. 91.* Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. *in l. 50. Tauri.* Christin. *vol. 4. dec. 160. n. 15.* concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diss. Ant. Fab. *8. conj. 13.* cui occurritur à Bachov. *lib. 4. de pign. c. 13. n. 2.*

TEXTUS.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in strictis juris judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.*

NOTÆ.

30. *Libera potestas permitti judici*] Hinc est, quod bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *l. 24. depos. l. 43. l. ult. fam. erc. l. 15. l. 17. C. eod. l. 18. comm. div. l. 38. pro soc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari] Aut si nihil reliquum, absolvi, *l. 4. l. 11. C. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. D. eod.* Unde Græcis ἀντίλογος, dicitur.

Opposita doli mali exceptione] Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. verò judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem propriè dictam.

Nostra constitutio] Extat in *l. ult. C. de compens.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio?*
2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitas? & quid si quis compensatione usus non fuerit?*
3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem esse.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illas olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem propriè dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quàm in personam, duabus tantùm exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cùm sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. de compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil superest utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin superest quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Opposita doli mali exceptione] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem propriè dictam; quod quale sit, postea audiemus.

Quæ aperto jure nituntur] Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cùm apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon. 129. n. 13.* Menoch. *arb. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pæne convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol. 1. dec.* 1

*dec.*231.*vol.*3.*dec.*38.*n.* 8. Sanè & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: nam ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don.*hic.*Zanger.*part.*3.*de exc.*c. 8. *n.* 104. quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur; adde quæ nos *lib.* 1. *select.quæst.*c.50.

Actione ipso jure minuant]. Hoc non ita ac-
2 cipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cùm judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio propriè exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *l.* 2. *C. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *inf. tit. de except.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l.* 4. *C. eod* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l.* 4. *ff. d. l.* 4. *l. invicem.* 12. *C. eod.* Itaque cùm alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l. cum alter.* 11. *eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l.* 2. *l.* 5. *eod.* sin minus salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti. Christin. *vol.* 1. *dec.* 252. Ant. Fab. *C. suo de compens. defin.* 3. *fac. l.* 4. §. 28. 29. & 31 *l.* 5. §. *pen. de dol. mal. except.* adde eund. Anton. Fab. 12. *Conject.* 9. *Nil vai.*

3 *Sive in rem, sive in personam*] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quàm debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit *d. l.* 4. *C. de compens. fac. text. in l.* 18. *de pign. act. l.* 22. *de compens.* & alias invitus, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra *l.* 16. *C. de jur. delib. l.* 5. *C. de obl. & act.* Denique si in aliis rebus, quàm quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quàm aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cùm compensatio non alia de causa debitorem liberet, quàm quia pro solutione est, *d. l.* 4. *C. de comp.* junct. *l.* 2. §. 1. *de reb. credit.* Cùm itaque quantitatis tantùm cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cùm re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l.* 14. *cum auth. sec. C. de sent. & interloc.* eoque pertinet *l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis dumtaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l.* 3. *C. de compens. l. aufertur.* 46. §. *ut debitoribus* 5. *de jur. fisc. l. ob negotium.* 20. *ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione] Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari: sed hoc non obstat, quo minus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati. Don. *hic. n.* 10.

Textus.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quàm*

in

in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cùm id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actionibus & cæteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

NOTÆ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*] Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quàm quod facere jussus erat, *l. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa] Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo. Don. *n.* 12.

Quod certo loco] Hæc alia longè ratione arbitraria dicitur, quàm cæteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria; & ideo sic appellatur, quia arbitrio judicis æstimandum permittitur, quanti litigatorum intersit, potius solvi loco constituto, *l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus petitur, inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus planè diversum à superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria? &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectène noxales inter arbitrarias numerentur? saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem, & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hìc non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes vulgo existimant, non proponi hìc novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur *§. actionum. 28. sup.* contineri. Perez, & Corvin. *in erotematibus*. Nos autem contra putamus, 1
actiones arbitrarias tertium genus constituere planè sejunctum à superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus apertè hìc statuit Justinianus, cùm ait, *præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus*. Nam illud *præterea* non aliud valet, quàm præter superiores; ut intelligamus, prætet modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscurè Marcianus in *l. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cùm initio dixisset, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam, *Planè interdum & in actione strictè judicii in litem jurandum.* Apertè declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distinctè posuit, & multo etiam apertius in *l. 3. §. 1. de usur.* ubi ita scribit, *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia planè diversa sunt, arbitria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quàm ad actiones stricti juris? nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin huius* § & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de in lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quàm stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quàm quæ in personam sunt, competunt, & maximè iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præterquam in actione de eo quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

Ex arbitrio judicis pendentes] Actiones arbitra- 2
riæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longèque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quàm reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitra-

bitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio
ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt
actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari
oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita
cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic
data, ut certo loco redderetur, *l.1.l.5.& l.6.de eo
quod cert. loc.* Ex his enim causis cùm alio loco
agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum,
quanti litigatorum intersit constituto potius loco
solvi, quàm eo, in quo agitur: ut si rei intersit,
minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *l. 2.
pr.& §.ult.d.tit.l.un.C. ubi conv. qui cert.loc.* For-
mula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Ca-
puæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo
tempore solvisse, judex arbitratu tuo condemna.*
Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine
sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco
intentantur, quàm in quo dari debuit, novam
qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitra-
rias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diver-
3 sam naturam & rationem nominis habent. Hæ
enim ideo sic appellantur, quia earum hoc pro-
prium est, quod in iis, antequam procedatur ad
sententiam definitivam, ad condemnationem, vel
absolutionem, judex tamquam arbiter honora-
rius interloquitur, jubens reum aliquid facere
convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo
porro jussu seu arbitrio pendent actionis exitus,
absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic
arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, con-
demnatur: & quidem gravius atque in aliud,
quàm quod facere jussus erat, in pœnam contu-
maciæ. Ut ecce, in actione, quod metus causa,
probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extor-
ta dicitur, restituere: si jussu judicis non paret,
condemnatur in quadruplum, *l item si.14.§.1.&
deinceps. quod met.caus.* In judicio rei vindicatio-
nis, probato dominio, jubetur possessor rem item
restituere: si per contumaciam non restituit, aut
dolo fecit, quominus restituere possit, conde-
mnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l.
ejus rei.46.cum l.seq. de rei vind.l. 5.l.8. de in lit.
jurand.* Item fit in actione ad exhibendum, si jussus
exhibere non exhibeat, *l. 3.§ 2.ad exhib.* Formula
judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cic.4.
in Verr. discimus: *Si paret, rem, qua de agitur,
Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, ju-
dex condemna.* Condemna scilicet in aliud, &
tanti, quanti res æstimata erit jurejurando acto-
ris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sen-
tentia intervenit: una interlocutoria, jussus seu
4 arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera
definitiva, litem terminans absolutione aut con-
demnatione, prout reus præcedenti arbitrio pa-
ruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolutè
sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & pro-
bavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gra-
vius quid condemnatio fit, quàm quod arbitrio
continetur: puta vel in quadruplum, ut actione
quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata
fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus
generis. Nam quod aliquando etiam in casu
contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium
transit in sententiam definitivam, & mandatur
executioni, *l.qui restituere.68.de rei vind.* extra-
ordinarium est, *arg. l. finita. 15. §. ubi autem.
13.de damn. inf. l. 1. §. 2. si ventr. nom.mul.in pos-
sess.* quamquam moribus nostris convenit, quibus
semper in rem peritam fit condemnatio & exe-
cutio. Sed neque arbitrium præcedit, aut posses-
sor victus jubetur interloquente judice rem resti-
tuere: verùm statim definitivè condemnatur;
art.172.Instr.Cur.Holl. Merul. *lib. 4. dist. 4.sect.5.
tit 7.cap.1.* In priore autem genere res una senten-
tia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, 5
nullo jussu judicis præcedente, ex quo senten-
tia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actio-
ne de eo quod certo loco, sed tunc, cùm profert
sententiam, nec tam quid reus faciendum ha-
beat, quàm quid ipse pronuntiandum ac postea
exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4.
§.1.de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex
hac actione cognoscit, cùm sit arbitraria, absolve-
re reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia
ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singu-
lare est, & extra casus illic propositos vix locum
habet: neque jubetur ea cautio interponi per
modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur,
reus gravius condemnetur, sed ad postulationem
ipsius rei mero judicis officio æquitatem ante
oculos habentis; efficitque tantùm ut actor re-
mittatur ad locum constitutum. Ant.Fab.*decis.
90.err.2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod
Justinianus species sive exempla utriusque gene-
ris confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfacias] Ita hìc loqui-
tur, quasi omnium actionum arbitrariarum hoc
commune sit, quod in iis judex prius quàm
sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum
aliquid facere; quod tamen quarumdam dum-
taxat est proprium, & non pertinet ad actiones
arbitrarias, quæ sunt de eo quod certo loco,
ut superius demonstratum est.

Vel ex noxali causa] Inter actiones arbitrarias 6
numeratur hìc & actio noxalis, id est, ea, quæ ex
maleficio servi adversus dominum competit, ut is
damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut
servum noxæ dedat, *inf.de noxal.act.* In quo qui-
dam putant, iterum errare Tribonianum: nam
actiones noxales inter arbitrarias referri non
posse; quoniam in his neque condemnatio arbi-
trio judicis committitur, ut in actione de eo quod
certo loco, neque arbitrium aliquod judicis inter-
ponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris; sed
judici præscribitur jure, quam sententiam ferat:
nimirum ut postquam probatum est, servum no-
xam commisisse, dominum condemnet in de-
cem, aut servum noxæ dedere. Quod cùm statim
& conjunctim facere jubeatur, judici hìc adimi
omnem arbitrii interponendi facultatem, cui pa-
rendo liceat condemnationem evitare. Nos ta-
men excusare Tribonianum malumus, hoc scili-
cet colore, quasi non ideo actiones noxales inter
arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas sem-
per

per esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sanè ita res habet, (quicquid in contrarium disputet Ant. Fab. *dec.92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, qua ex causa directa rst arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hìc tantùm effectus est, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationrm, *l. 1. de noxal. act.* Et cùm igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali hæc disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat; at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverso cùm actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrariæ, cùm adversus aliqurm directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, eùm intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, *l. quod diximus. 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantùm arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duar. *de in lit. jur. num.* 47. D. Donell. *hic. num.* 12.

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam; quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *l. si fundus. 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam.
7 Nam vel maximè arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua præcipuè arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restitura, ea, quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vind. dic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *l. qui restituere. 68. de rei vindic.* Quod rnim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo reus dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurijurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud sit necessarium, eùm in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eumdemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere. 68.* Itaque male nonnulli hinc removenti ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem, arbitrariæ excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo] Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulp. scribit in *l. item si. 14. § hæc autem actio. 4. quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *l. arbitrio. 18. de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris distet, superius expositum est.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hìc non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus] His verbis significat, non eas solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hìc recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero 8
arbitrariarum tantùm posuit duas prætorias, Publicianam, & hypothecariam, sed addita particula *veluti*; ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse, nos autem tales esse ostendimus, quotquot sunt in rem, sive civiles sint, sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hìc nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Faviana, *l. 5. si quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 10. §. & fructus. 20. quæ in fraudem cred.* Ant. Fab. *dec. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Planè in actionibus quoque bonæ fidei; quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pigneratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur, *l. 3. §. 2. commod. l. 1. § in deposito. 26. depos. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen

men non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cùm omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ verò hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pa-
9 reatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est. Costal. in *l. 7. de eo quod certo loco*. Inter arbitrarias perperam Pacius *in not.* & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l. 11. §. 3. de act. empt.* ubi disertè Jurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.*

NOTÆ.

32. *Quantum possibile ei sit*] Interdum enim natura rei id non patitur: veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate] Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta, §. *ult. sup. de verb. obl. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere?*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda?*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat?*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

1 PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronunriare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit cùm reus absolvitur, non fit tamen semper cùm condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur.
2 Etenim cùm ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *l. pen. & ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* Don. *num. 2. & seq.* Schneid. *num. 22.* Mynf. *num. 3.* & comm. DD. *hic.* Enimverò certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat, *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cùm codicilli in judicio essent prolati, *l. 5. §. 1.* & ibi DD. *in l. sententiis. 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* Christin. *vol. 4. decis. 94. num. 10.* Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expressè retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacitè ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen. 21. §. 3. de rec. arb.* Sin verò id exactis probatoriis non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cùm jus veret ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eo referre voluisse: vid. Zas. in *l. 5. §. 1. de re jud.* Mynf. *hic. n. 12.* Schneid. *n. 24.* Mathesilan. *sing. 141.* & qui omnium accuratissimè distinguit, Pet. Barbos. *ad tit. ff. solut. matr. p. 5. rubr. n. 47.* Est ergo notandum, numquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expressè habita sit relatio.

Quantum possibile ei sit] Hoc ideo addit, quia 3 interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cùm plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cùm enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. vers. huic autem. & seq.* non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maximè quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. Christin. *d. decis. 94. num. 11.* vid. plenè Jo. Fab. *hic. n. 32. & seqq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, juxta *l. 2. C. de judic.* Christin. *d. loc. n. 26.* certa hic sententia ferri debet. Quod quo-

quomodo procedat, post Jo. Fab. & Plat. docet Schneid. *hic. n. 4. & n.* 30. Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipse alibi agnoscit, *§. 1. inf. de off. jud.*

Etiamsi de incerta quantitate] Additum potissimè propter obligationes faciendi, in quibus si factum non fit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis. 13. §. 1. de re jud. l. si pœnam. 68. l. stipulationes. 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Justinianus, etsi id, quod interest, petatur, cujus quantitas incerta est, *d. l. si pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis apertè præcipitur in *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* Nec metuendum, ne hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quàm quæ petita est, contra quàm cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scitè à veteribus dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere, *l. adeo. 7. §. cum quis. 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cùm certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat ita Don. *hic. n. 5.* Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, Mynsf. *hic. n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur à prætore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quàm solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cùm quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit,* Ephesi dare spondes? *Romæ purè intendat, sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecunia numerata non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione rectè agit. Idque etiam prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur,* Hominem Stichum, aut decem aureos dare spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantùm, vel hominem tantùm sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii verò sui deteriorem. Qua de*

causa

causa talis in ea reprodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quàm quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia saepe accidit, ut promissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea verò lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

Notæ.

33. *Vel ante conditionem*] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. usufr. leg. 36. de solut.*

Arbitraria actio proponitur] Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loc.*

Ratio utilitatis, qua promissori] Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori] Id est ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenitur, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam] Quæ nobilior est. Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Eusthath. *ad Odyss. 15.* [Greek, illegible]

Commentarius.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*

Vinnius in Institut.

2 *Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt; à Justiniano in eos, qui alio modo.*

3 *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur?*

Superius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hîc actorem instruit ad actionem rectè instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat] Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quàm sibi deberetur, petierat, graviter mulctari, remque totam amittere, uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex *oratione pro Q. Roscio Comædo.* fac. *l. 1. de int. injur. l. si pater. 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria. act. 3. scen. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. cap. 36.* Sueton. *in Claud. c. 14.* Senec. *epist. 48.* Quintil. *lib. 3. Inst. orat. cap. 6.* discimus.

Nec facile integrum restituebatur] Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo à prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent. Vinn. Immo & Prætorem id aliquando fecisse, discimus ex Senec. *Epist. 48.* ubi eleganti allusione & Philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paullo post ad verba: *Etiam majori*: Hein.

Nisi minor erat viginti quinque annis] Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim, de minoribus.*

Etiam majori] Ex illa parte edicti de majoribus restituendis, *Item si qua alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam*, *l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Justi erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac: Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum

ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & cui ignosci oporteat, propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *l. ult. pro suo.* Alludit huc Seneca *epist.* 48. *Quid enim aliud agitis*, inquit, *cùm eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quàm ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illud prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quàm dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non solùm locus erat, cùm quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cùm quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus 1. *sent.* 10 *Causa cadimus*, inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi: summa, si plus, quàm damus, petimus; tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quàm quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem] Plus quàm debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subsit debitum quod peti possit, & præmaturè petendo amitti, §. 2. *sup. de verb. obl. l. cedere.* 213. *de verb.*
1 *sign.* junct. §. *temporales.* 10. *inf. de except.* Sed quod additur, etiam eum plus petere, quàm debetur, qui ante conditionem petit, incautè & perperam adjectum videtur. Etenim cùm conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. *sub cōditione.* 4. *sup. de verb. obl. d. l. cedere.* 213. *de verb. sign. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* quomodo dici potest, plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, *d.* §. *temporales.* 10. *inf. de exc.* At pendente conditione cùm nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies usufr. leg. ced.* & discretè nihil consumere, *l. si pater.* 36. *de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus, eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ verè conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam veteres minus propriè conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo exstituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cùm morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur, *l. nam si.* 17. *cum l. seq. de cond. ind. l.* 9. §. 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *quæ modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quàm debeatur.

Qua enim ratione qui tardius] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur; nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celerius, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco purè petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spopondit.

Romæ purè intendas sibi dari] Purè intendere sibi dari oportere hìc dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hìc actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hìc obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, sic accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. hæres.* 19. §. 1. *& deinceps de jud. l. contraxisse.* 21. *de O. & A.* Costal. *ad l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Perez. *in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus] Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levio-

levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit] Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quàm exprimitur. Hìc autem significat modum seu qualitatem obligationis, *l. obligationum. 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act.* Paul. 1. *sent.* 10. Qui autem causa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quàm ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hìc proponitur, cùm ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cùm, genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est] In disjunctivis obligationibus, id est, cùm illa aut illa res promittitur, rei electio est, *l. plerumque. 10. in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *l. ubi autem. 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.*

Generaliter hominem stipulatus] Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is. 32. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem. 52. mand. l. ex pluribus. 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, qua is plus petere dicitur, qui pluribus rebus disjunctim promissis, unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat] Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cùm tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum. 74. & l. seq. §. 2. de verb. obl.* uti hìc etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant; qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit, *Omnium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius cælo: bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et paulo post: *Hìc amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripsisse.

Tyriam] Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib. 16.* add. Plin. *lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 8.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

Licet vilissimum sit] In pluris petitione ratione causæ plus non tantùm æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac pœna re- 2
cessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de except. § temporales. 10.* nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quàm impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hìc nobis incerta relinquuntur. Refert se hìc ad §. *tripli. 24. sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent sportulas: hìc autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eademque pœna mulctari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hìc tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In 3
praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Galliæ, aliisque regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas; idque propter moram, cùm partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si verò reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injustè possessa non offeratur; impensæ, quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum. 13. § sive autem. 6. C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hìc solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cùm dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. Rebuff. *ad constit. Reg. proœm. tom. 1. n. 53.* Imbert. *lib. 2. Inst. forens. c. 151.* Papon. *lib.*

8. *tit.* 1. *arrest.* 2. & 3. Ant. Fab. *C. suo. de plus pet. defin. unic.* Tuld. & Perez. *C. eod.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 266. & *vol.* 2. *decis.* 157. ubi plures alleg. add. Cov. *lib.* 1. *var. res. cap.* 2. *n.* 5. Menoch. *de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantùm, nempe re petitur; ut exempla hìc proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore verò dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus; videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sane si plus petit, qui ante tempus petit, plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, sin minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur, & id ipsum nonnumquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agit] Qui minus petit, quàm sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est: licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio] Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis] Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib.* 12. *obs.* 21. quæ novis in editionibus est *l.* 1. *C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.*

NOTÆ.

35. *In eodem judicio*] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quàm negotii apud eumdem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit emendare actionem, quid mutare?*
2. *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat?*
3. *Praxis horum temporum.*

Si quis aliud pro alio petat] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quàm ex qua debetur, puta ex testamento, cùm debeatur ex stipulatu: quo casu, cùm idem petatur ex alia tantùm causa, nequaquam dici potest, quod Theoph. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Justinianum plus sensisse, quàm scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere] Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l.* 3. *C. de edend.* Emendatur actio, cùm mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cùm repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. Perez. *C. de edend. n.* 7. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit; proinde si quis nova experiatur, etiam hanc 1

edi

edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat: ideoque qui temere adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui. 79. de judic.* Don. *in d. l. 3. C. de edend. n. 3. & seqq.* D. Perez. *d. loc.* Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an verò etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solùm ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per *l. fidejussor. 32. de neg. gest. l. cum indebitum. 57. §. 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. cum fundum. 18. §. 1. unde vi.* Eaque haud dubiè est etiam sententia Imperatorum in *d. l. 3 C. de edend.* & Justiniani *hic*. Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest. 23. de judic. l. ut fundus. 18 com. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic disertè cautum est. Don. *ubi sup. n. 17.* Perez. *d. loc. n. 7.* quamquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quàm negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas, ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius *hic*. Interpretum in *l. 3 C. de edend. & ad hunc §.* communis sententia est, libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeo ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantiales judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur. Gail. *1. obs. 74. n. 4. & seqq.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6* Christin. *vol. 2. decis. 88. n. 11.* quamquam de fori nostri usu contrario testetur Groenevv. *de ll. abrog. hic.* Planè si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, Merul. *d. cap. 6.* Christin. *vol. 2. decis. 104.* add. Groenevv. *d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

T E X T U S.

Divisio sexta, De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quàm persequimur, in solidum dominus, pater ve condemnatur: si verò minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

COMMENTARIUS.

Redit hìc Imperator ad institutum, quod interrupit, *§. curare. 32. sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur *hoc §.* aut beneficium reo tributum, ut in id tantùm teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur *§§. seqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo *§. seq. vers. propter retentionem. & §. pen. eod.*

Si in peculium filii servive] De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, *§. actiones. 10. supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quàm persequimur, in solidum dominus & pater condemnentur: si verò minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *dict. §. actiones. 10. & §. præterea. 4. tit. seq.* Quod in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

T E X T U S.

De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minu[illegible]. Nam ob impensas in*

res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

NOTÆ.

37. *Quatenus facultates*] Facere posse civili ratione hîc dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l.29. in fin. l. 30. de re jud.l.6.de cess.bon.l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. spectatur, *l. 5.sol.matr.*

Ob impensas] Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l. 1. cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas duntaxat, *l. un. §. 5. C de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §.ult. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium competentiæ quibus quas ob causas detur?*
2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur?*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hîc novi à Justiniano?*
4 *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis?*

1 Sunt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento, *§. seq. in fin.* Ob personam rei variæ ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l. 6. l. item militem. 18. de re jud.* Denique ob solam commiserationem, unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, *§. ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot.l. & exhæredatum. 49. de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod.Hermop.ad *l. 73. de R.I.* Αἰσχύνεται ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς καὶ πρώην συγκοινωνούσῃ τοῦ βίου, κατὰ τὸ ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. *Puduit legislatorem ei, quæ heri nudiusve tertius consors omnis vitæ fuit, facultatem dare spoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantùm adversus uxorem, sed etiã uxori adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convẽto, *l. patronus. 17. l.non tantum. 20. cum l.seq. de jud. l. rei judicatæ. 15. in fin. & l. seq. solut. matrimon.* Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis à genero conveniatur, *l.ex diverso.17.solut.matrimon.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut.21. cum l. seq. de re jud.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantùm causa dicitur. Nam non solùm maritus, cùm ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cùm ex aliis contractibus, *d.l.non tantum.20.de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l.divortio. 35. de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypæ. *not. jur.Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnumquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantùm per compensationem propriè dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur; de quo *§. pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cùm fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam debet. 3 In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotal's retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hîc fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. un. §.taceat. 5. C.de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l.5.de imp.in rem dot.l.si is.qui.56. §. ult.de jur.dot.* 4 Extra causam dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis: si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, *l. 1.quib. mod. pign. solv.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam; vid. *l.in fundo.38.l.sumptus 48.de rei vind.l. si in area.33.de cond.ind. §. ex diverso.30.cum aliquot seqq. sup.de rer.div.* Materiam retentionis distinctè tractat Joan.Fab.in *d.l.un. C.etiam ob chir. pec.*& Costal. in *l.in rebus. 18.§.possunt.2.commod.* add.Papon.*lib. 6. art. 4. arr. 21.*Rebuff. *ad l. non potest. 117. de verb. sign.*

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actione consequitur, quàm adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.*

No-

NOTÆ.

38. *Socius cum socio*] *d. l. 16.* Quia socii inter se quodammodo fratres sunt, *l. 63. pro soc.* τάξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν. Theod. Hermopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

C*Um parente suo patronove*] *l. sunt quidam. 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri itidem concedendum. *Gutier. 2. pract. quæst. 28 num. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente, ultra quàm facere queunt conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus. 17. de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberto loco parentis erat. Vid. supra *tit. de success. libert.* & add. Lactant. *Inst. Div. IV. 3.* HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. sunt quidam. 16.* Nam omnium bonorum socio, cùm convenitur judicio societatis, *l. verum. 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodò fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum, eùm etiam frater fratri inopi alimenta debeat. Thesaur. *decis. 119.* Christin. *vol. 3. dec. 143. n. 2.* D. Tuld. *comm. h. t. c. 19.* Planè non alias socius hoc beneficio juvatur, quàm si confiteatur, se socium esse. Negantem se socium, placet, in solidum condemnari, *l. si unus. 67. in fin. pro soc. l. sed hoc. 22. §. 1 de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique, in solidum condemnantur, Gothofr. *in l. 16. de re jud.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantùm, quod facere potest, condemnatur, *l. Divus. 28. de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. inter eos. 19 §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori succurrere debemus, quàm qui verum debitum solvere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. & exhæredatum. 49. cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag. 1. consf. 169.* quamvis in Gallia nec hoc observetur. Bugn. *de ll. abrog. lib. 1. satyr. 12.*

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque opposita plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quàm ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc propriè est, cùm res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrinque debentur; ut ostendimus ad *§. in bonæ. 30. sup. eod.*

Compensationes oppositæ] Etsi compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut judex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc verò allegatio propriè exceptio non est, sed nuda defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad *d. §. in bonæ. 30.*

Plerumque] Hæc particula forte adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, *l. 3. & l. ult. C. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantùm cum liquido compensatio admissa: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d. §. in bonæ. 30. l. ult. C. de compens.*

Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sanè etiam quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat, *passim tit. ff. & C. de compens.* Paul. *2. sent. 5.*

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.*

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit*] Ex Ulpiano *l. 4. de cess. bon.*

Idoneum emolumentum] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, *l. 6. l. 7. eod.*

Ex integro] Id est, ἐξ ὁλοκλήρου, de integro, rursus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in solidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit facere posse, & quid hoc reo tribuat?*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens?*

1 HIc iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo. 51. de re jud. l. verum. 63. §. hoc quoque. 7. pro soc* add. Gomez. 2. *resol.* 11. *num. & ad l. Taur. 79. num* 2. Ben. Stracch. *de merc. tract. decoctorib. part. 3. num. 9.* Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solùm in quantum facere potest, damnetur, *l. 4. l. 6. & 7. de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est hujus loci: videndi DD. *ad tit. ff. & C.* eo pertinentes, Schneid. *hic.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 70. Pet. Greg. 22. *synt.* 8. *& aliquot seqq.* Afflict *decis.* 348. *& seq.* Thesaur. *decis.* 36. *&* 182. Christin. *volum.* 4. *decis.* 123. ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos. 19. in fin. l. cum ex causa. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant; sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cùm lautiori cibo nobilem vesci, quàm rusticum oporteat, & alius illi, quàm huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitat. cap. 20. num. 143. & seq.* Coler. *de process. p. 2. cap. 3. num. 115. & seqq.* Utrumque contra est, cùm hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Christin. *vol. 4. decis. 123. num. 15. & ibi allegat.*

Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quàm veris debitoribus, *l. sunt qui. 16. l. inter eos. 19. in pr. & §. 1. l. & exhæredatum. 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos. 19.* ubi vid. Don. Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quàm creditorem, egere convenit. Zas. *ad l. 12. & seqq solut. matrim. num* 20. Coler. *part. 2. cap. 3. num. 122.* D. Tuld. *comm. in hunc tit. cap. 19.* 2

Beneficium hoc personale est: non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & seq. l. etiam filius. 18 solut. matrim. l. 14. & seq. de re jud.* add. Pet. Fabr. *ad l. Divus. 28. de reg. jur.* Gomez. *in leg. Tauri. 50. & tres seqq. num. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe cum fidejussor totum quod. præstitit, à reo principali repetere possit, *l. & si fidejussor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejussorem tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, *§. ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quàm ad fidejussores perveniatur; tamen quod creditor à reo consequi non potuit, rectè exiget à fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejussor.* Don. *ad d. l. 34. de re judic.* Bachov. *hic.* fusè Hering. *de fidejussor. cap. 27. part. 4. num. 80 & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *l. alia causa. 14. solut. matrim. l. verum. 63. §. 1. pro soc. l. minor. 51. §. 1. de proc.* 3

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. Tit. 5. C. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, & summa tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in potestate habet, §. *actiones. 10. tit. prec.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cùm ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumque agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

SUperius mentionem habuimus] §. *actionem. 10. praced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat. *Fere eadem jura servantur*] Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis. 6. sup. de inut. stip. l. 14. de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfam. potest, *l. si filiusfam. 39. d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. infr. eod.* Præterea si servus fidejusserit, rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l. 3. §. filiusfam. 5. & seqq. l. 5. §. 2. de pecul.* Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantùm, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scr psimus ad *d. §. actiones. 10. sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu daretur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulp. *l. 1. in princ. quod jussu.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*: verè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: sed alioqui cessaret actio quod jussu, ut accidit, cùm dominus servi tantùm ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. ult. quod jussu. f. c. l. qui autem. 14. cum l. seq. de pec. const.* Sie ubi pater in contrahendo filio nudo ministerio utitur, ipse solus non filius obligatur, *l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod jussu.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *l. pen. eod. l. 3. §. sed utrum. 4. de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chiro-

gra-

grapho subscripserit, *l. 1. §. 1. 3. 4. & 6. quod juss.* Vinn. *Jussum* autem propriè de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum consistit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*; curator *consensum* interponere dicitur. Accuratè hæc distinguere solebant veteres. Quomodo *jussum* & *auctoritas* differant, docet *l. 25. §. 4. ff. de adquir. vel omitt. hæred.* in qua nihil esse mutandum, contra virum eximium Jac. Gothofr. *Comm. ad l. 29. ff. de R. I.* alibi ostendimus. Add. *Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst. §. 250.* * *p. 137.* Hein.

Textus.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistratum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

Notæ.

1. *Cùm quis tabernæ*] Taberna hîc est ἐργαστήριον, statio, officina. Gloss. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius, *l. 5. §. 7. de inst. act.* id est, ἐργαστηριάρχης. Gloss. Gr. Lat.

Commentarius.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitatores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

Si quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto prætoris constitura est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. C. de exercit. act.* Similiter si quid cum servo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *tit. ff. & C. de inst. act.* Illa à præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde eum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, *§. ult. inf. eod. l. si institore. 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxerit, *l. 1. §. exercitorem. 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maximè quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab institore, *d. l. 1. §. 1.* junct. *§. magistrum. 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur] Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, *l. 3. de inst. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis: ut declarant exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, propriè institor non sit, placet tamen adversum eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et si liberum quis hominem] *l. 1. §. cujus autem. 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. & 2. l. 8. de instit. act.* quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina; paterfam. an filiusfam. pupillus an adultus aut ætate major; homo liber an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. d. l. 7. §. 1. l. 1. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is, qui in potestate alienа est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo, quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si is qui. 19. de exerc. act.* & si mulier sic, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos proposuit; nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. act. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci *in Basilic. 53.* ἰδίᾳ γὰρ ἀνάπτονται εἰς αὐτὰ τὰ συναλλάγματα, ἀλλ' οὐχ ὑπὲρ ἑτέρων. Enim verò pupillus ex præpositione ut obligetur, neces-

necessaria est tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. par vi autem. 16. l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui præponentis magis quàm præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publicè percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* Quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus alium, quàm cum quo revera contractum est, acquirendam
1 non sufficiunt. Planè cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideo solus dominus hìc conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem. 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ultim. naut. caup. stab.* Nec obstat *l. ult. de inst. act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut rectè plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantùm professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione ad fidem mensæ protestandam, *om credit van de tafel te onderhouden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. *in d. l. ult. & ad l. 1. §. est autem. 17. de exerc. act.* ubi tamen refert aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non rectè conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est. Christin. *vol. 3. dec. 33. num. 9.* add. D. Coren. *obs. 26. re à sup. sen. Holl. jud.* Unde Angelus in *l. eamdem. 9. de duobus reis*, ait, quod factores licet mille litteris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *cons. 5* to.
2 Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat. 13. §. ult. & l seq. de instit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitionis tantùm conveniri possunt. Grot. *lib. 3. cap. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. num. 13.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut 3
tabernam exercenti actio constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minimè. Neque enim eodem auxilio indigent, cùm actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario. 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act.* Planè si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed ex contrario. 18. l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habent, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed eos dumtaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem. 7. & seqq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen. 11. & seqq. de instit. act.*
Proinde in contractibus cum institoribus alisve 4
officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur. 12. de exerc. act. l. sed si. 11. §. conditio. 5. de instit. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio 19. de reg. jur.* Costal. *in l. 5. §. non tamen. 11. de instit. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habeant, cautè creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si verbi gratia navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l. 1. §. quid si. 8. l. ult. de exercit. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quàm si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ult.* & Gloss. & DD. *ibidem.* Summa est, si cùm crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quàm ad eam rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult. §. ult.* eoque jure etiam hodie utimur. Christin. *volum. 3. decis. 33. n. 2.* eleganter & practicè Joan. Fab. *hic. num. 8. & seq.* Follet. ad Marant. *part. 4. dist. 22.* adde quæ nos ad Pet. Peck. *in titul. rei naut. ad d. l. ult.* Motibus harum regio-

regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur Christin. *vol. 2. decis.* 27. Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio SCti utitur. Neostad. *obs. rei judic.* 18. add. Sand. *lib. 2. tit. 4. defin.* 3. & 4. Grot. 1. *introd. cap.* 5. Quod autem qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gud. *lib.* 3. *cap.* 11.

TEXTUS.

De tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. *Quia ipsi domino distributionem*] Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, *l. ult. eod.*

Quàm oportuerit] Hæc actio dolum malum coercet domini, *l.* 7. §. 2. *eod.* id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æquabiliter inter creditores tribuere seu partiri; in qua partitione & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa, admittitur, *l.* 1. *l.* 5. §. *per hanc actionem.* 5. & *seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit, quàm debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantùm dolum malum domini coercet, si videlicet malitiosè in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere noluit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l.* 7. §. 1. & *deinceps. eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l.* 1. § *item acquirimus.* 5. *de acqu. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l.* 1. §. 1. & 2. *de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l.* 1. *in pr.* add. *l.* 1. §. *licet autem.* 20. *l.* 6. *de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos verò quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quàm aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cùm autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet: &*

que

quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

NOTÆ.

4. *Quamvis sine voluntate*] Nam si domini voluntate, potest *quod jussu agi*, *l. 5. §. 2. de in rem vers.*

Quicquid necessario] Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 1. §. 4. eod.* Locum hunc fusè explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

Licet enim una sit actio] Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantùm singulis actionibus separatim, aut de peculio aut de in rem verso, agi posse; sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso non minus sola & per se institui potest, quàm illa de peculio, *l. 1. princ. §. 1. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. inf. eod.*

Duas habet condemnationes] Quando scilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. *l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. inf. eod.*

Ante deducitur, &c.] Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores quatuor sunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eumdem effectum adversus dominum habent, *l. 1. §. licet autem. 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act.* junct. *l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacitè permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. poss.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cùm de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum] Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. in princ. & §. 1. de in rem vers.*

Quicquid necessario in rem ejus, &c.] Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impendit ve, in eadem causa est, *l. 5. §. 2. & passim tot. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quàm est verum ipsius rei pretium; cùm in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem habeter, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* Quod verò in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret; & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l. 3. §. sed si mutua. 4.* Planè impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l. 7. §. 3. eod.*

Licet enim una sit actio] Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantùm, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, 1 actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio infitiatam & exempticiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem verso adjici postulet. Hotom. Tuning. *hic*. Quidam verò actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem

de

de in rem verso per se exerceri, nisi cùm deficit actio de peculio. D. Cujac. *hic*. Duar. *in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quàm ea de peculio: potestque, non tantùm cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cùm peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est, *l.* 1. §. 1. *l.* 14. *l. filiusfam.* 19. *in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc, cùm simul de peculio competit, §. *seq. in fin.* & §. *ult. l.* 1. *hoc tit. d. l.* 1. *in princ.* Et cur tamdem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cùm autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini versum est, sed tamquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur: uti docet *d. l.* 1. §. *ult.* & *d. l.* 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii sic, ut de toto deducatur, quod servus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantùm, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justinianus hìc ait, unam esse actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantùm singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur: per *l.* 9. §. 1. *de trib.* & §. *seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet] Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *l. si servus.* 17. *in fin. de pecul.* ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit, & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 2. & 3. *d. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius quid debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, *d. l. si servus.* 17. Ordinarius vicarii veluti dominus est vicarii, vicarius δοῦλος οἰκέτου. Gloss. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æquè de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sanè huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fænebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certè qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non est*] In tributorio judicio non melior conditio domini, quàm cæterorum creditorum, *l.* 1. *de trib. act.*

Ante deducitur quod domino debetur] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l.* 1. & §. 4. *sup. eod.*

In hac actione totius peculii] In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus dumtaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l.* 11. *de trib. act.*

Aut fænebri pecunia] Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet] Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quàm tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

Locus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones

nes concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantùm actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantùm revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt verò hæ actiones non cumulativè, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel successivè uti liceat, sed electivè, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l. 9. §. 1. de trib. act. l. 4. §. ult. h. t.* Planè de peculio, deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed eris stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit; quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

COMMENTARIUS.

HOc idem in principio hujus tit. monuit promittens, si quid propriè in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox *§. seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

De Senatusconf. Macedoniano.

7. *Illud propriè servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei sua vis constet. An ei filius renunciare possit. An in foro animæ se ejus auxilio tueri.*

FIliusfam. ex contractu suo & ipse obligatur, *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, *§. actiones. 10 sup. de actionibus. l. 3. §. filiusfam. 5. & deinceps de pecul.* Una tantùm causa excipitur, ex qua placet, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano, cujus sententiam breviter hîc complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit]Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfam. fæneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem *lib. 11. annal. c. 13.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coercuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiusfam. fœnori darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Pet. Fab. *Semestr. I, 25. p. 142.* ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cos. fuisse duobus novissimis anni mensibus. Suet. *Vesp. cap. 4.* Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tanquam Principi; huic tanquam Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuisse, patet ex Gell. *Noct. Att. IV. 10.* Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat, Vespasianum de SCto sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse. HEIN.

Mutuas pecunias dari] Duo hîc notanda. Primum, eum solùm contra Senatusconsultum facere, qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l. 3. §. is autem. 3. de Senatusc. Mac.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l. 7. §. mutui. 3 d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7 §. sive autem. 9.* quamvis Senatus præcipuè prohibuit filiusfam. fœnerari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Planè ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiof. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. quod dicitur. 13. l. 5. C. eod.* Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d. l. 7. §. proinde. 12.* aut

aut voluntate patris credita sit, *d. l. 7. §. interdum. 11. l. 12. eod. l. 2. l. ult. C. eod.*

Qui in potestate parentis] sine discrimine sexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* Nec refert, frugi sit filiusfam. an non: magistratus, an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum, quia in eo vice patrisfam. fungitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiosfam. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult. §. ult. C. ad senat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l. 1. de Senatusc. Mac.* junct. *l. 9. de jurej.* quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint] Cùm scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiosfam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. d. l. 1. l. 14. eod.* non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit] Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui, qui filiosfam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur.

1 Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum, quo cùm opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l. 1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensionem Sexti Roscii. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantùm casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Vvamesius *cent. civ. 2. consf. 99.* Tuldenus ad *tit. C. ad Senatusc. Mac. n. 4.* respondent, in judicio animæ filiumfam. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covar. *ad cap. quamvis. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. num. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatusconsulti renunciare valeat. Et rectè cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unde Zasius *lib. 2. sing. resp. cap. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere censuit: non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechliniensis comprobatam refert Christin. *vol. 3. decis. 35. num. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel dominum.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

Cui quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. si institorem. 29. de reb. cred. l. si quis. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc text. & dd. loc.* Hodie obliquæ istæ actiones, seu potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent: quoniam neque servos ullos habemus, neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint, sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit, quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris notet Christin. *vol. 3. decis. 34.* post Bernard. Autumn. *in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITU-

TITULUS OCTAVUS.
DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus, nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solùm contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum supr. ad §. *illud.* 7. *de mand.* Civiliter verò seu pecuniariè cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cùm prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si verò ignoravit, aut cùm sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum seqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus. 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

EX *maleficiis*] Nomine maleficii & quasi maleficium hìc accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint] Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, *l. 1. h. t.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantùm causâ quatuor istæ delictorum species nominantur. Planè delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid sit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. l. hæc stipulatio. 200. de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut litis æstimationem] Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus à lege accipit, *l. 6 §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium, ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum, §. 1. *inf. de off. jud.* & peri consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamur arguere scientiam domini, & male agere.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NOn omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa quàm noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. si quis. 14. de nox. act. l. quid sit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant, veluti cùm dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt. 20. § item. 5. de hær. pet. l. 6 §. 1. de re jud.* item *noxam dedere. l. 1. in fin. pr. de his qui dejec.* §. 1. *inf. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quàm dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v. 41. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, qua nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Planè cùm dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* sit genitivi casus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœna noxæ: nam & in noxam & ad noxam dedere legimus; *l. 1. §. cum arietes. 21. si quadr. paup. fec. l. si in re. 19. §. ult. h. t.* & veteres glossæ

Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἔκδοτον εἰς κόλασιν*, teste Salmaſ. *lib. 2. de mod. uſur. p.* 888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permiſſum eſt noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipſorum corpora dominis damnoſam eſſe.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum paſſus eſt, nulla ex parte ſatisfieri; ita & iniquum viſum, dominum ex maleficio ſervi in plus teneri, quàm ut noxæ eum dedat, *l. 2. in pr. h. t.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio ſervi ſui nomine conventus ſervum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus ſervi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus eſt ſervus, reſarcierit quæſita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur*] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. *tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus ſervum noxæ dedendo liberatur ab æſtimatione litis, ſervique dediti dominium in perpetuum ab eo diſcedit, quamvis non ſtatim pleno jure migret in eum, cui deditus eſt: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, ſed bonitarium tantùm, hoc eſt, facit, ut deditus in bonis eſſe incipiat ejus, cui deditur, *l. electio. 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. ſi ex nox. cauſ. ag.* Sed hac diſtinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem conſequi non poteſt, quamtamcumque pecuniam offerat: in propoſito tamen placuit, eum poſſe, ſervumque noxæ deditum, ſi quæſita aliunde pecunia damnum farcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus eſt, manumitti. Cujus ego rei hanc eſſe rationem puto, quod cauſa ſervitutis apud hunc dominum eſt damnum, quod ei datum eſt: quæ cauſa cùm ceſſet oblata damni æſtimatione, ceſſare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem conſtitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIc locus confirmat quod ſupra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre ſpecie, ſed tantùm qualitate adjectitia, cujus is effectus eſt, ut ſervum noxæ dedere liceat.

Veluti furti] Intellige nec manifeſti in duplum. Nam furti manifeſti actio non legitima, ſed honoraria eſt, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr.* Accurſius, Contius, Cujac.

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum actio eſt. Si autem in alterius poteſtatem pervenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directò ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe cœperit, (quod quibuſdam caſibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.*

COMMENTARIUS.

1 *Cùm ſervus ex contractu ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat, cur placeat, eum manumiſſum ex delicto directa actione teneri?*

NOxalis actio caput ſequitur] Iiſdem verbis hæc regula aſſertur in *l. qui ex pluribus. 20. h. t.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput ſequitur, l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. rem mihi. 21. in fin. commod. l. 1. § ſi apud. 18. depoſ. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur. 18. de furt. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Id eſt, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ ſervum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus ſervorum hæc clauſula adjici ſolita erat, *eos noxis ſolutos eſſe, l. 1. §. 1. & paſſ. de ædil. edict.* hoc eſt, non eſſe in ea cauſa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri poſſit.

Si manumiſſus fuerit] Huic etiam caſui accommodatur regula, *Noxa caput ſequitur, l. 1. §. ſi apud. 18. depoſ. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Cæterum quia manumiſſus ipſe judicio conveniri poteſt,

eeſ-

cessat actio noxalis, & cum eo directè agitur, perinde ac si, quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. quod ab alio. 15. de cond. furt. d. l. 4. C. an serv. pro*
3 *suo fact.* At enim cùm servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l. 1. l. 2. & 5. C. d. tit.* excepto casu speciali, *l. 5. C. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directè conveniri? Non sanè quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi planè inhæreat, servumque æquè ac liberum pœnæ subjiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cùm de coercitione corporali quæritur. Tantùm obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi possit, quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum verò dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacitè concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quàm domini personam spectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex postfacto incipit esse directa, ita hac directa fit ex postfacto noxali. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

Textus.

Si servus domino noxam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

Commentarius.

Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxam commiserit, secus autem si domino: nam hìc jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* ubi facetè Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem] Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur. 18. de furt.*

Unde si alienus servus] *l. si alienus. 37. hoc tit. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, à quo incipere non potest, à me exposita est ad *§. ex contrario. 14. sup. de legat.*

Interdicitur actio] Legendum haud dubiè *intercidit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποσβέννυται, id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. si alienus. 37. hoc tit.*

Licet exierit de potestate] Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus. 37. l. qui res. 98. §. aream. 8. de solut.*

Si dominus in servum suum] Hoc eamdem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

Textus.

De filiisfamilias.

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maximè filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quàm filius periclitetur? cùm in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filios familiarum pro suis delictis posse conveniri.

Notæ.

7. *In noxam alii dare, ut pene per filii corpus*] Cujac. ex *lib. vet. dare, ut pene per corpus pater magis,* &c. quomodo & Theoph. legisse videtur.

Pro suis delictis conveniri] Etiam pecuniariè, *dd. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. 11. de pecul.*

COMMENTARIUS.

Apud veteres non minus filiorum filiarumque familiæ noxæ deditio, quàm servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quàm domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & seqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de obl. & act.* Paul. *2. sent. 31.* Papin. *apud leg. Mos. & Rom. pariatorem. tit. 2.* Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alii à favore pudicitiæ, tangens præcipuè sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione patris: quo facit *l. 8. in fin. quod met. caus.* Chrysost. *hom. 29. in Genes. c. 9.* τεῖ οὗς ... ὑπὲρ ... τιμωρίας ὑπέχειν, &c. *Scitis, sæpe patres optare pœnam pro liberis sustinere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniariè quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. l. & fi. 35. de nox. act.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus. VINN. Vel potius, quia servos non habemus ejus conditionis, cujus erant servi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis generis semper habuerunt, (vid. Tac. *de Mor. Germ. c. 25.*) qualesque etiamnum in Westphal a aliisque locis sub nomine hominum propriorum reperiuntur, non sunt res, sed personæ, quamvis glebæ adscriptæ. Et hinc si deliquerunt; non dantur noxæ, sed ipsi vel mulctantur, vel castigantur. HEIN.

TITULUS NONUS.
SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

D. Lib. 9. Tit. 4.

Nexus.

In numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, ut aut damnum sarciat, aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes ex l. XII. Tabb.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabb. prodita est: quæ animalia si noxa dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex 12. Tabb. scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

Aut feritate] Non naturali, sed quæ contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *l. 1. §. 7. hoc tit.* ἐξίστασθαι τῆς φύσεως. Arist. *7. Eth. 7.*

Ita lex 12. Tabb. scripta] *d. l. 1. in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in *Solon. p. 91.* vide & *Levit. 21. vers. 28. & seqq.* Plaut. *11. de legib.* VINN. Lex illa Solonis est de cane & aliis quadrupedibus obnoxiam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ sint *Soloniæ*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paull. *Rec. Sent. lib. 1. tit. 15. §. 1.* quia ibi mentio fit legis *Pesulaniæ* de cane. Unde vir summus legem Soloniam exsculpsit. Vid. *Antiq. nostr. Rom. h. t. §. 2. p. 260.* HEIN.

Contra naturam moventur] Quod si culpa aut instigatu hominis feræ damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l. 1. §. 4. & 3. seqq.*

Si genitalis sit feritas] Id est, genuina & naturalis, *d. l. 1. §. 10.*

COMMENTARIUS.

Animalium nomine] In *rubr. hic & in pr.* quadrupedum tantùm mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, *l. 4. hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, *§. 1. & §. capite. 13. sup. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum quædam sunt cicures, mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles, *l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, *l. 1. §. in bestiis. 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantùm hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, *§. 1. inf. eod.*

Aut pavore] Alias *fervore*. Theophil. κατὰ θυμίαν.

Aut feritate] Non naturali, sed quæ contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus

motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio] Id est, ita de pauperie, ut si quidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si verò noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. tabb. scripta] Et ideo ita scripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg. §. 2. tit. præc.* Sanè ex causa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur] Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque. 4. cum 3. §§. seqq. hoc tit.*

Si genitalis sit feritas] Id est, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Ajunt, Trebatium ex edicto appofuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in bestiis. 10. hoc tit.*

Denique si rursus fugerit] Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cùm damnum daret. Idem est, si fugerit, postquam nocuisset; quia instar servi manumissi est, nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in bestiis. 10. hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§. 1. inf. eod.*

Quod sensu caret] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animal a bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l. 1. §. cum arietes. 11. hoc tit.* vid. Grot. 1. *de jur. bell. cap. 2. num. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit. Et si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.*]

Finiunt in Institut.

NOTÆ.

1. *Ursum, leonem*] Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. tit.*

Et de pauperie] Utilis scilicet, ut supra diximus. Utilis item datur, cùm non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. enim. 40. §. 1. cum ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo. 41. d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æstimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod si liber homo ex ea re deperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo. 41.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli] Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter quàm homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo. 41.*

Et de pauperie competit] Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia; sed nec utilis tunc aliter locum habet, quàm si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie *l. 1. §. 1. hoc t.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est, & simul dum de pauperie prodita lege 12. tabb. Paul. 1. *sent.* 15. *l. qui servandarum. 14. §. ult. de præscr. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis. Vvesemb. *par. hoc tit. n. 6.* Busius in *l. 1. §. planè. 11. ff. hoc tit.* Grot. tamen, *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini: quod & Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

 alii-

affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus.* 39. §. 1. *ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat. Vvesemb. *d. loc.* Baro Tuning. *hic.* Grot. *d. loc.*

Nunquam actiones, præsertim pœnales] Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. nunquam.* 130. *de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, quæ nec hujus loci disputatio est: adeantur Pet. Fabr. *ad l. nemo.* 43. §. 1. *& d. l. nunquam.* 130. *de reg. jur.* Don. *lib. 21. comm.* 3. Hotom. *illust. quæst.* 29. Tim. Fab. *disp. anniv.* 28. Bachov. *hic.* qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.
DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommodè nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublica causa abessent, quive in eorum cujusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque alia multa causa sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam sibi exequi possint.

NOTÆ.

Pro populo] Pro populo agebat actor, syndicus, συνήγορος, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate] Quia servo jus non erat lege agendi: quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib. 3. cap.* 44. Assertor est vindex alienæ libertatis. Donat. *in And. act. 2. scen.* 1.

Pro tutela] Id est, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

ALterius nomine agere non posse] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l. 2. § deinde 6. de orig. jur.* quam proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei arg. est caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib. 20. cap. 1. Si morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato, si volet, arceramve sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen veteris legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo.* 123. *de reg. jur.* add. quæ scripsimus ad §. *sed etsi.* 8. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela] Id est, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Attilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem] Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, *l. 1. §. 2. de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l. 1. §. 2. de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. VINN. Enimverò quia non ferebant leges, & actiones legis admitterent procuratorem; JCti excogitarant modum, quo possent procuratores salvo illo vetere principio *l. 123. ff. de R. I.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, sed pro se ipsis. Plura

de

de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. sec. Ord. Inst.* §. 1246. *sequ.* Hein.

Textus.

Quibus modis procurator constituatur.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, immo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, iis tuus procurator intelligitur.*

Notæ.

1. *Procurator*] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat, *d. l. 1. pr. & §. 1.* sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis] *d. l. 1. §. 1.* id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis, Paul. 1. *sent. 3.*

Cuicumque permiseris] Dummodo procurator esse non prohibeatur, *§. ult. inf. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur] Specialiter tamen procurator à reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de proc. & defens.* qui sine mandato causam alterius defendit, *idoneus* defensor dicitur, *l. 28. l. 40. §. 2. l. 51. &c. d. tit.*

Commentarius.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantùm, qui administrat forensia & judicialia sed etiam qui alia quævis extra judicium, *l. 1. in pr. & §. 1. de procur.* vid. *sup. tit. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis, neque præsente adversario] *d. l. 1. §. 1.* Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur; quem verò actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, *rub. de procur. & def.* Specialissimè autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit, *§. si verò. 5. tit. seq.*

1 Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *l. invitus. 17. C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere poterat, *l. 1. eod.* utique si non expressè procurator esse prohiberetur, *§. ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cùm in unoquoque foro certæ personæ designentur, juramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud magistratum defendant, *arg. l. 1. de postul.* Bart. *hic. comm. part. alt. & sup. de mand.* Gail. 1. *obs.* 43. Merul. *lib. 4. dist. 3. tit. 13.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 4.* Christin. *vol. 2. decis. 107.* Zypæ. *not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accuratè docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum quàm expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agar ad exhibendum, *l. ad rem. 56. de procur.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, *l. 2.* & ibi DD. *de jurisd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte à reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *l. servum. 33. §. ait prætor. 3. de procurat.* Ludov. *Rom. singul.* 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse, cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, & similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, *l. non solum. 39. §. ult. l. mandato 60. eod. tit. cap. qui ad agendum. 4. x. eod. in 6.* & ibi Glossa. Vvesemb. *par. de procur. num. 7. & 11.* Merul. *lib. 4. dist. 3. tit. 13 cap. 3. & 4.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 4.*

Textus.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est*

Commentarius.

TUtores & curatores aliis modis, quàm procuratores, constituuntur, nimirum aut testamento à parentibus, aut lege, aut magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib. 1. tit. 13. & seqq.*

TITULUS UNDECIMUS;

DE SATISDATIONIBUS;

Dig. Lib. 2. Tit. 8. C. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

Quoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestivè tractatio de satisdationibus superiori subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore, cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, *§. 2. inf. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l. promissor. 21. §. 2 de const. pec.* frequentissimè tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l. 1. qui satisd. l. 3. C. de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l. 7. de stip. præt.* quamquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l. 1 §. jubet. 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit. alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat, satisdare jubebatur,* rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores verò & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satisdationum] Satisdare propriè est fidejussoribus datis cavere, *l. 1. qui satisd. cog. l. 3. C. de verb. sign. l. 7. de præt. stip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat] Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *l. 46. § 2. l. 53. de procur* Cæterum & de rato cavere debebat, *l. 40. §. 2. d. t.*

Satisdare jubebatur, rem ratam &c.] Nempe ubi de mandato domini non satis liquidè docere poterat, *arg. l. 3. §. 2. ut in poss. leg l. 1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l. 1. C. de procur.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*

2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

Antiquitati placuit] Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in ff. reliquerunt Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l. 8. & alib. jud. solv. l. si eum. 33. de fidejuss.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnumquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l. 7. in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem] Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea. 31.* asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo, aut cum fidejussoribus] Itaque contra quàm Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantùm in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi] Hæc stipulatio, auctore Ulpiano *l. 6. jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l. 3. §. si reus. 8. l. 5. §. 2. l. cum quærebatur. 13. l.* ex

ex clausula. 17. *eod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis quàm reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio.* 46 §. 2. *l. non videtur.* 53. *de procur.* Sed & præter solitam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius.* 40. §. 2. *d. tit.*

Ipse autem qui in rem] Olim qui in rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cùm actor non damnetur: neque verendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

1 *Procurator verò si in rem*] Ait, procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l.* 1. *C. de procur. l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. fac. l. si procurator.* 65. *de procur. l. un. in pr. C. de satisd.* Nam stultum esset, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerati. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius.* 40 §. *ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possint, ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, arg. *l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. l.* 1. *C. de proc.* quibus locis perspicuè distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quàm si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ, *d. l. Pomponius.* 40. §. *ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l.* 5. §. *qui procuratorio.* 18. *de nov. op. nunc.* Vinn. Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumto agunt, tanquam personæ conjunctæ. Hein.

Tutores & curatores eodem modo] Ait, tutorum & curatorum eamdem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit, sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque

2 sententia falsa est. Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quàm procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo.* 23. *de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* affert, quia non minus tutor, quàm procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solùm cautio præstanda, cùm dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* 23. Quod in procuratore, cùm de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano *in d. l. vulgo.* 23. dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut si dubitetur, an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *l. servum.* 33. § *ait prætor.* 3. *de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit; tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult.* §. 3. *C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

Textus.

De judicio personali.

1. *Si verò in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quâ in rem agitur: ab ejus verò parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam,* judicatum solvi *satisdare non cogebatur.*

Notæ.

1. *Siquidem alieno omnimodo satisdaret*] Judicatum scilicet solvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex caus. in poss. Omnimodo*, id est, etiamsi mandatum habeat, *l.* 21. *rat. rem hab. l. in fin. C. de satisd.*

Nemo defensor idoneus] Regula passim tradita. Defensor idoneus, idest, ἱκανὸς, ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

Commentarius.

A*b actoris parte eadem obtinebant*] Itaque qui in personam agebat, si quidem suo nomine, non satisdabat, sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum.* 33. *in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur judicatum solvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex caus. in poss.* & uti est in textu, *omnimodo*, id est, sive mandatum non haberet, sive haberet; quod etiam expressum in *l.* 1. *in fin. C.* de

de satisd.l.ne satisdatio.21.rat. rem.hab. & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11.§.1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegar, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l. 4. de re jud.*

Quod si proprio nomine] Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æquè condemnationem evitare potest quàm in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eamdem vim adversus possessorem non habet, quem placet absolvi, etiamsi post litem contestatam possidere rem desierit, modo dolo & culpa careat, *l. sin autem. 27. §. 1. de rei vind.* de quo plura scripsi ad *§. sic itaque. 14. in fin sup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De Reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æstimatione*] Ἐγγύη τῆς ἐκτιμήσεως τῆς δίκης, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

Hodie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter. C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties. 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum. 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. *qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *l. 1. & d.l. sciendum. 15. d. tit.* fere censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti in *d.l. sciendum. 15.* valde alienum esse videtur. Quin cautio pigneratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est, quàm fidejussoria.

Usque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet quàm vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic verò non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses, *auth. libellum. C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

3. *Vel aliæ tales personæ*] Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferant] Puta vel procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.* ipsi verò per se agentes non satisdant, *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

In *actoris persona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de satisd. l. si procuratorem. 65. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. § 2. ut in poss. leg. l. ne satisdatio. 21. rat. rem hab.* sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed & hæ. 35. l. Pomponius. 40. §. ult. de proc.* item

pro-

procurator omnium bonorum, *l.* 5. §. *si procurator.* 18. *de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, *d.l.*3.§.2.*ut in poss.legat.d.l.* 1. *C. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in *l servum.*33. §. *ait prætor.* 3. *l. non solum.* 39. §. 1. *de proc.*

Eodem observando & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, *l.*11.*C.de proc.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.* §. *ult. sup. de curat.*

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4. *Si verò aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per* judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quàm heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

DE eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc* §. altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur. De quo §. *seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c] Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l.* 6. *jud. solv.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur] Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum suarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipse fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat, qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda] Non à procuratore, ut male nonnulli; sc. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, à quo manifestè tam hanc quàm superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus apertè Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor.] A reo in causam propositam datus. Theophilus, *πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητὴς*, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac. *in not. poster.*

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. *Si verò reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l un. C. de satisd.* Cur tam variè? Nimirum humanum est, atque ideo publicè expedit, absentes à quibuscumque posse defendi, *l. servum.* 33. §. 2. *de proc.* nulla verò aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest, rei, ne conveniatur à falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, à quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. Titius.* 76. *de procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius.* 61. *d. tit. l.* 4. *de re jud.*

TEX-

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma observanda.

7. *Quam formam non solùm in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.*

NOTÆ.

6. *Judiciorum usu*] Usus est omnium rerum optimus magister.

7. *Non solùm in hac regia urbe*] Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci νέαν ῥώμην, νέαν βασιλίδα appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offic. cap. 18. Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quàm de æstimatione sumptuum litis reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur; vid. Gloss. Jo. Fab. *hic*. Tulden. *cap. 2. & 3.* Merul. *lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps. & sect. 3. tit. 5. cap. 1.* Vvesemb. *qui satisd. cog. num. 6.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 4 & 5.* Christin. *vol. 2. decis. 145. & i i citat.* & Nai, *vol.* Groenevv. *de ll. abrog. hic per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æquè in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod hic titulus superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas verò, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum; quales sunt ea, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Prætoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. Liv. 32. 27. Tac. *ann.* 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori] Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus prohæredes sunt. Fabrot.

COM-

Commentarius.

1 *Rectène inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

Ex *lege &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cùm legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt] Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. l. 1. de usuc.*

Certos fines dederunt] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abusivè perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno dumtaxat casu, videlicet cùm ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, *l. 7. § 1. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *l. 1. & 2. C. si adv. cred. præ. c. d. l. 7. in pr. C. de præscr. 30. ann.* Tuld. *ad d. tit.* Christin. *vol. 4. decis. 81. num. 9.* quamquam & ubi bona fide possiderunt, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit, *decis. Cur. Holl. 8.* Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minus quàm actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendent] Ait actiones, quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum dumtaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas cœpisse perpetuò competere, postquam non tam prætorem quàm præturam spectari placuit atque ex edictis, maximè quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. Ascon. *in orat. Cic. pro Corn. Balbo.* & Augustin. *de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Immo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit, quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco] Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poss. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus 1
ex fidei commisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minimè novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut principum constitutionibus, *§. 4. & 6. sup. de fideic. hæred. §. 3. sup. de testam. ord.* Vinn. Sed procul dubio JCtus, quem hic Tribonianus exscripsit, non ignoravit, fideicommissariam hæreditatis petitionem esse actionem prætoriam. Quamvis enim fideicommissa ex moribus sint, vel ex SCto, non tamen sequitur, ut vel mores, vel SCtum etiam actionem dederint fideicommissario ad petendam à tertio hæreditatem. Immo legibus consentaneum non erat, hæreditatem ab eo peti, qui stricto jure non sit hæres. Prætor itaque hic adjuvit jus civile & dedit fideicommissariam hæreditatis petitionem. Quin non dubito, prætores fideicommissarias hanc actionem in albo suo proposuisse. Nec obscurè hanc actionem prætoriam esse docet JCtus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in *l. 2. ff. de fideic. hær. pet.* Hein.

Furti quoque manifesti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantùm intra annum dantur, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam, quæ ex lege 12. tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *sup. §. pœna. 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque

que de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. §. ult. naut. caup. stab. l. sed & hi. 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, *l. 12. C. ad leg. Corn. de falf.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus, quæ in hæredes transeunt, vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, & in heredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit; veluti cùm testator dolosè versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & heredibus dantur, & contra heredes transeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipso jure*] Id est, jure civili, ut §. 10. *sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. quem cav.* Theoph. ἐ ϰατὰ τὸ πολιτικόν.

Excepta injuriarum actione] Quia vindictæ magis, quàm pecuniæ persecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.] Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cùm testator dolosè versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. depos.*

Fuerint contestatæ] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. 11. de peoul.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam si quæ ex edicto.*
2. *Ostenditur perspicuè, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*
3. *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4. *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quàm quod abest.*
5. *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus?*
6. *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*
7. *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*
8. *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie?*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæ- 1
redibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantùm persequendæ causa comparatæ sunt; nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem. 42. de rei vind. l. actionum. 25. de obl. & act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu, an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quàm hæredibus actionem dari contendimus; & quidem in hæredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est, cùm simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus, quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur.* De iis verò, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. § pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique, an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. *7. obs. 37 & 13. obs. 39.* Lyclam. *1. membran. 18. & lib. benedict. passim.* Ego verò existimo, etiam his actionibus hæredem teneri 2
in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolutè dicuntur dari in hæredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cùm verò in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur: ut patet ex *l. Julianus. 16. de judic. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ad l. Aquil. l. hæc actio. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod falsa tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis. 35. de obl. & act. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur §. his autem. 9. sup. de leg. Aq §. ult de obl. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ

earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l. 1. de priv. del. l. sicut. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. *his autem. 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sanè nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantùm de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.* Jam verò ob hoc solùm actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi disertè J. C. ait, in condictione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si verò plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cùm apertè testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres. 4. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis: ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; secund. *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fabro. 4. *conj.* 1. de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus, neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure] Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti cùm sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem quod jure civili, non jure prætorio, ut in §. *actiones. 10. sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. qu. cav. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. sicut. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem verò ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18 depos.* Planè huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, §. *ult. sup. de verb. obl.* vid. §. *sequent.* 16. *sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius quàm quod abest, persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis propofita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *l. in hæredem. 26. de dol. mal.* item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem; qui falsum modum dixit, *l 3. §. pen. si mens. fals. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit, quomin. quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantùm quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. At cùm hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quàm in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantùm commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *l. pen. de op. nov. nunc. l. sicut. 38. de reg. jur. l. sancimus 22. C. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex d. licto defuncti luctum sentiant, *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. cau. l. in hæredem. 26. de dol. l. un. C. ex del. def.* cum similib.

Exce-

6 *Excepta injuriarum actione*] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum. 13. in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ult. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, *l. injuriarum. 28. eod.*

Si qua alia similis] Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur. *Nov 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.*

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem
7 *non competit*] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiosè in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantùm in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cùm dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quamquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures verò pro ea parte, qua quisque hæres est:* qui locus sententiam nostram mirè confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtento, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. depos.*

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cùm & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestatæ] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione; salvæ permanent, *l. omnes. 139. de reg jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propter eaque in hæredes rei non dantur, licet activè transeant: at lite contestata & activè transeunt & passivè, *l. omnes. 26. l. sciendum. 58. de obl. & act. l. pœnalia. 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem scribis. 11. de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis à defuncto contestata non sit, tenetur non in id tantùm, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum à defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *cap. in literis. 5. de rapt. cap. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Jo. Fab. *hic.* Covar. *lib. 3. res. 3. n. 7.* Imbert *in enchirid.* Papon. *lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura Christin. *vol. 3. decis. 22. num. 2. & seqq.* add. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hæred.*

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum absolvere*] Quod Theoph. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere*. Alii, *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat*: quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re jud.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia absolutoria] Locus singularis.

COMMENTARIUS.

Quemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad solvendam pecuniam,

niam, *l. si debitori. 21. de judic. ex judicat. 17. jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio. *fac. l. si reus. 73. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis; quod posterius & rationi juris magis convenire videtur, cùm judici incumbat aut damnare reum, aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia observatu digna.

QUicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio: actio à parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est; de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis, nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cùm negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea verò aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cùm reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cùm confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia: si actorem, dicat ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hìc neganti incumbit probatio: tantùm quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solùm tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur. Covar. *in c. possessor. mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5.* Vves. *par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, *l. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, verè negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quàm in facto ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hìc mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hìc in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. h. tit.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *h. t. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantùm, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ verò allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cùm debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act.* quamquam usu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Myns. *ad rubr. hîc. n. 12.* Greg. Tholos. *21. synt. 17. n. 5.* vid. Covar. *d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim prætor subjiciebat, *nisi, si non, extra quam si*, illud aut illud factum erit, aut si quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio. 22. h. t.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est, sicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. Vid. Duar. *ad l. 7. §. 2. de pact.* Cujac. *5. obs. 34.* P. Fab. *ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή. *l. pen. hoc t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati. 29. de exc. rei jud. l. si debitor. 91. de solut.* cum similibus: de cujus verbi ratione cons. Alc. *de quinq. ped. præscr.* Don. *in rubr. C. h. t. num. 15.* Ræeard. *1. de præjud. 8.* Pet. Fab. *1. semestr. 21.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua exactor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Vt de exceptionibus] Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioquin jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. h. t.* alias præscriptio dicitur, *l. 8. C. tit. 35.* Græcis παραγραφή.

Justa sit] Inspecta scil. stricta ratione, & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cùm debitor solutionem allegat, exceptiones propriè non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, Vves. *par. hoc tit. num.* 8. Ob eamdem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit] Non continuo, si actio justa sit, id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta, justa est in eum, quo cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam umquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam, hæc allegatio exceptio propriè non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causa, de dolo, & in factum.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

1. *Jure civili te obligatum*] Id est, subtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus non impedit, quominus actio nascatur, *l. 5. C. de inut. stip.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *l. 102. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur?*
2 *Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus?*
4 *Exceptio in factum qualis, & unde?*

Illustrat exemplis, quod dixit sæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam à principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantùm supersit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

Metu coactus] Qui metu coactus aliquid promittit, ipso jure obligatur propter consensum; 1
quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam verò illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo conf. Arist. 3. *eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil. 116. de reg. jur. cum simil.* VINN. At non esse genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promissa vi justa, à magistratu e. g. extorta, obligant. *l. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. causs. gest. l. 29. §. pen. ff. ad L. Aquil.* quum tamen & hic voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio arcessenda est ab eo, quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptationem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum, omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet, quod ei promissum est. Ita rectè Puffendorff. de I. N. G. & C. *Lib. 3. c. 6. §. 10. & lib.*

lib.4.c.17.§.8. quum contra Grot. *d. J. B. & P. lib.2.cap.11. §. 7.* hujusmodi promissum validum existimet. HEIN.

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, sub-
2 tilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promisisse: sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulatoris aliud agentis, aliud simulantis, *l.si quis.36.de verb. obl.l.1.§.2.de dol. mal. exc.* Circa dolum qui causam contractui præbet, videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut contraheret, cùm alias contracturus non fuisset, recepta fuit vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg.l.7.in pr.de dol. l.in causæ.16.§ 1.de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hìc semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *d. l. si quis. 36. de verb. obl. l. 5.C. de inut. stipul.* de quo prolixè Bachov. *disp. 6. de act. thes. 17.*

3 *Errore lapsus*] Quod hìc dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, id non videtur convenite cum eo, quod passim traditur, eos qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, *l. non consentiunt.15.de jurisd.l. 2.de judic.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, *l. 1. §. 3. de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cùm de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causa promittendi, de quo hìc agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure hìc nascitur obligatio, *d.l.si quis.36.de verb. obl. l. Julian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. si de alia. 22. sup. de inut. stip.*

Efficax est] Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus causa] Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est*; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea re à quocumque, non tantùm ab eo, qui agit, *l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*, *l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.*

4 *In factum*] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè subsidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est actio de dolo, *l.non debet.11.§.1.de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l.4.§.adversus.16.de dol.exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. C. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter.5. l. 4 § pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. si quis. 36. de verb.obl.l.5.C. de pact. cum similib.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

NOTÆ.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*] Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, *l. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cùm habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ] *l. 2 §. 3. de dol. mal. exc.* Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

COMMENTARIUS.

QUi quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l.2.§.3. in fin. de dol.exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantùm actioni ex chirographo, sed

etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cùm antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantùm facta est, *sup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit*, si paret, eum dare oportere: *sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam à principio nascuntur in re contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *l. 7. §. sed cum. 4. l. si unus. 27. §. 2. de pact. l. 5. l. 10. & l. 13. C. eod.* Planè nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso jure, *§. ult. sup. quib. mod. toll. obl.* ubi ejus rei ratio à me exposita est.

Sic quia iniquum est] Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æquè si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet, licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTÆ.

4. *Juraverit*] Aut cùm jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

Juraverit rem suam esse] Aut petitoris non esse, *l. 3. §. 1. l. 11. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

EXceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quàm propter religionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit] Verbi edicti, quo prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr.* junct. *l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*, unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori constet reum prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant; sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridiculè enim juberet prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis, quàm pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantùm naturalem obligationem tollit, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. sed & si. 25. & l. seq. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si petitor eamdem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse: amissa possessione etiam actio in factum

tum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantùm propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ, à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui nodus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei verò, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur, *l. evidenter. 16. eod* Cui non obstat *l. 4. C. depos.* Nam qui in sortem tantùm reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse, *actio durat*. Sic enim hunc locum convertit: [illegible], eaque lectio Hotomanno & Juningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in *vindic. jur. præmess. c. 19* nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quàm si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei jud* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum; quæ qualia sint, latè explicatur in *l. cum quæritur. 12. cum seqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli causa retulisse sufficiat; alioqui quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

Vinnius in Institut.

COMMENTARIUS.

JUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantùm exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen *π. lib. D. 44. tit. 1. cum seqq.*

TEXTUS.

Divisio prima.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

7. *Ex prætoris jurisdictione*] Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in *§. 1. sup. de oblig.* & actionum, *§. 3. sup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis descendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent] Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita, *tit. C. de quadriennii præscr.* quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, *l. 3. & 4. C. de præscr. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie. C. appel.* Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofam. credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

TEXTUS.

Divisio secunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

QUarumdam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ verò ad tempus tantùm nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ista convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. *Doli mali*] Quamvis actio de dolo sit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l. 4. §. ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi] Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*

2 *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis?*

QUæ *semper agentibus obstant, &c.*] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l. 2. C. de prec. imp. off.* Non enim actionem solùm, sed etiam obligationem tollunt; idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, *l. nihil interest. 112. de reg. jur. l. 3. §. 1. de const. pec. l. qui exce-*
1 *ptionem 40. de cond. ind.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Mynsf. *hic. num. 2.* nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed à tempore, quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ verè perpetua est. Bronch. *2. misc. 52.* Cajus sic definit, *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt, l. 3. hoc tit.* sc. semel oppositæ.

2 *Exceptio doli mali*] Obiter hîc notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solùm eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l. 5. § ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cùm quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest; quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez. *1. var. res. 11. num. 20.* Costal. in *l. 8. §. si filius. 13. de inoff. test. am.*

Quod metus causa, &c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui, exempli tantùm causa proferuntur. Sunt enim longè plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, *l. un. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. Mynsf. *1. obs. 15.* Gail. *1. obs. 72.* Christin. *vol. 4. dec. 122.* Imb. *lib. 2. inst. for.* Bugnion. *lib. 1. leg. abrog. art. 253.* denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo iis, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita strictè hoc procedere volumus; sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.*

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum numero.*

2 Ex-

2 *Exceptio excussionis an dilatoria?*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent,& in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*, quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt. l. 3. h. t.*

Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.]
1 Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem. 45. §. fiscalibus. 10. de jur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant litteras *salvi conductus, gratiæ, securitatis.* Nostrates, *Brie ven van atterminatie ofterespyt.* Qua de re consulendi Afflict. *decis. 377. & seq.* Surd. *decis. 301. 307. 322.* Boet. *decis. 96.* Thesaur. *decis. 186.* Rebuff. *de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. num. 9.* Christin. *vol. 2. decis. 70. & seq.* Kinschot. *tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 1. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, *l. 16. & seqq. de re jud. §. item si. 37. & seq. & §. ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium fit rei majori, *tit. C. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. Christin. *vol. 4 decis. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriarum, & simil. de quibus latè Zanger. *de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. Sichard. *ad l. 10. C. de fidejuss.* Bronch. *2. misc. 52.*
2 Zanger. *de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantùm differt, non perimit, siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Auth. præsente. C. de fidej.* Fachin. *lib. 8. cap. 52.* Ant. Fab. *C. sue hoc tit. def. 1.* Verùm ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitor in solvendo esse reperiatur. Hoc verò sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit. 56. de cond. ind.* D. Tuld. *comm. hic. cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia similis] Puta, quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cùm obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad *§. 2. sup. de verb. obl.* Sed præmaturè seu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un §. ult. quand. di usufr. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* causæ amissione mulctabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. si quid agens. 33. sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenonis confirmata à Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam sufferre, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quàm sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce.* Quid hodie juris sit, exposui ad *d. §. si quis agens. 33. de act.* 3

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis verò negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.*

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex?*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti?*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis initio litis contestandas.*
6 *Quid ex interpretum sententia hic receptum?*
7 *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis.*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ?*

10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipiendæ?*

11 *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam post sententiam rectè opponantur?*

12 *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

1 EXceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria, &c. Quædam constitutionem judicii. Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis, de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legit. &c.* Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommodè quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat; & generaliter quæcumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed perso-
2 nam evitat, *l. 2. in fin. hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere, *l. inter quos. 39. §. pen. de damn. inf. licet. 24. C. de proc.* aut à pupillo sine auctoritate tutoris constitutus, *l. in exceptionibus. 19 §. 2. de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ *sup. ad §. 1. de iis per quos ag.*

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l. 1. de reg. jur l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque fœminæ. 54. de proc. l. alienam. 18. C. eod.* ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Planè alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. de proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis] *l. 9. C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verùm etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dari potuisse, quamquam per se agere poterant. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non apertè constat, & ob id disceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de
recto usu exceptionum exercendarum. De eo du- 3
plex fere quæstio est, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæsitum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat unam tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut, si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo. 43. de reg. jur. cap. nullus. 20. eod. in 6.* DD. comm. in *d. l. 8.* Zas. *ibid. num. 4.* Covar. *1. var res. 2. num. 2.* Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo verò, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est. De tempore objiciendæ exceptionis ità 4
in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa judicii dati exceptionem tacitam includunt, cùm in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres significant, cùm ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri; etsi non excipiatur, satis tamen per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. 5. de leg. 1. l. planè. 38.*
l. ult. de hær. pet. In strictis verò judiciis exceptio- 5
nem in principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probasset, antequam sententia ferretur, ad disceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non contestatam postea objicere, nego pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id, quod in judicium deductum est, judicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi potest, de quo lis non

apertè

apertè contestata sit. Nam sive veterum judicio-
rum rationem considerare volumus, palam est,
exceptiones in jure apud prætorem proponi de-
buisse, qui deinde formulæ eas includebat, sive
mutatam postea judiciorum formam, constat
eamdem judicis potestatem mansisse liberam in
bonæ fidei judiciis, in contrariis adstrictam iis
rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt,
ut proinde in his nihilominus necesse fuerit ex-
ceptionem in exordio litis contestari. Atque ita
sæpissime rescriptum est, postquam jam à Diocl.
l.2. C.de ped. jud. sublata esset judicis dandi licen-
tia, *l.8. l.9. C. hoc tit. l.9. de præscr. long. temp.*
Quibus non obstat *l. 2. C.sent. resc. non poss.* Nam
omissas ibid. ex *d. l.8. & 9. hoc tit.* accipere debe-
mus, non quarum nulla mentio initio facta, sed
quæ contestatæ postea omissæ, id est, dilatæ sunt
ad probationem & disceptationem. Don. ad *d.
l. 8. num. 7.* Gudelin. *lib. 4. c. 8.* VINN. Rectissi-
mè se habet hæc Vinnii observatio. Nam in ju-
diciis stricti juris exceptio erat inserenda formu-
læ, alioquin ejus rationem habere non poterat
judex, e.g. *Si paret, Cajum Titio centum debe-
re, tu eum in centum condemna, ni pactum sit.*
Et inde est, quod Tribunorum plebis implorari
posset auxilium, si in formula omitteret exce-
ptionem. Cic. *Quæst. Acad.* 4 30. Eo rigore non
opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis ex-
ceptiones inesse credebantur. Et hinc judex ea-
rum rationem habebat extra formulam. Inde
jam facile patet in judiciis stricti juris exceptio-
nes opponendas fuisse in jure, adeoque ante litis
contestationem, in judiciis b. f. etiam in judi-
cio post litem contestatam. Conf. Ger. Noodt.
de Jurisd. 1, 3. *de fœn. & usur* 3, 15. *de form.*
6 *emend. dol. mal. cap. 5.* HEIN. Cæterum plurium
suffragiis probatum, usuque receptum est, ut hu-
jus generis exceptiones etiam non contestatæ us-
que ad sententiam recte objiciantur: vid. Mynf.
1. *obs.* 24. Marant. § 6. *num.* 12. Gail. 1. *obs.* 74.
num. 13. Vves. *par. num. 7.* quod eo facilius nunc
admittendum, quia discrimen judiciorum bonæ
fidei & stricti juris pæne sublatum est, ut alibi
7 demonstravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisju-
randi, & transactionis, hoc speciale habent,
quod impediant litis ingressum, modo paratam
earum reus probationem habeat: unde & litis
finitæ appellantur. Christin. *d. decis. num. 7.*
Gudelin. *lib. 4. cap. 7. sect. 1.* Quamquam si ini-
tio oppositæ non sunt ad impediendum proces-
sum, nihilominus postea opponi possunt ad ju-
stitiam causæ. Christin. *d. dec. num.* 18. *& seq.*
Sciamus autem, ea, quæ de contestatione ha-
rum exceptionum diximus, dicta esse de exce-
ptionibus facti, quibus aliquid factum esse in-
tendimus, quod proinde & probare debemus,
ut intelligitur ex *l. in exceptionibus. 19. de prob.*
quæ enim quæstionem facti habent, non possunt
intelligi in judicium deduci, nisi facti contesta-
8 tione. Diversa autem causa est exceptionum ju-
ris, id est, earum, quæ alicui conditione ipsa
personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio di-
visionis epistola D. Hadriani fidejussoribus tribu-
ta. Nam hoc genus contestari necesse non est, sed
sufficit quandoque, ante sententiam allegari, *l.10.
C. de fidejuss.* & ibi D. Ant. Fab. *C. suo, hoc tit.
defin. 1. n.3.* Nimirum auxilium divisionis satis
sub appellatione & persona fidejussoris in ju-
dicium deduci intelligitur, cùm fidejussori jure
tribuatur, hoc ipso quod fidejussor est. Duæ 9
omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non
solùm necesse non est initio litis contestari, sed
quibus etiam non allegatis ut licet in executio-
ne rei judicatæ, nempe exceptio Senatuscon-
sulti Macedoniani & Vellejani, *l.11. de SC. Mac.*
Id quod mirum videri non debet placuisse in iis
exceptionibus, quæ publicæ utilitatis causa ma-
ximè introductæ sunt. DD. nostri etiam plures
hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l.1. C.
de jur. & fact. ign.* Gail. 1. *obs.* 113. *nu.5. & seqq.*
Zasi. in *l.2. hoc tit. nu.* 16. Marant. *part. 2. memb.
9. num* 18. Merul. *lib. 4. distinct. 4. sect 3. tit. 4.
cap.* 14. Exceptiones dilatoriæ, cujuscumque eæ
generis sunt, si paucas dempseris, inter exordia
litis, hoc est, ante litem contestatam, opponi
debent. Quin & disceptari, probari, & deci-
di, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria so- 10
lutionis, non defugiendi judicii, sed solutionis
differendæ gratia objecta, seu, ut vulgo loquun-
tur, non ad impediendum processum, sed ad
merita causæ opposita, cujus initio contestatæ
probatio demum à reo exigitur, postquam actor
intentionem suam probavit, quod refero *l. ex-
ceptionem. 19. C. de probat.* cum Gudelin. *lib.4.
c. 7. sect.* 1. Sed & si quæ hujus generis demum
post litem contestatam nata sit, veluti si novæ
causæ postea emerserint, ob quas judicem tam-
quam suspectum recusare liceat, non est ambi-
gendum, quin hujusmodi exceptio post cœptum
judicium objici possit, *cap. 15. de off. deleg.* Si-
chard. *ad l. 13. C. de proc. n. 5.* quamquam in
privilegio fori superveniente hoc locum non ha-
bet, *l.7. de judic.* Idem juris esse interpp. no-
stri volunt, si exceptio gravamen successivum,
ut loquuntur, habet: cujusmodi est exceptio
loci non tuti vel suspecti. Mynf. 2. *obs.* 74. Gail.
1. *obs. 52. n. 3.* Sichard. *d. loc n.6* Item si reus
exceptionem sibi competere in facto errans igno-
raverit, *c.4. v. hoc tit.* Covar *pr. quæst 26. n. 2.*
Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ 11
adversus inhumanam solidi petitionem compa-
ratæ sunt, non solùm post litem contestatam
ante sententiam objici posse, sed etiam post rem
judicatam in ipsa executione, *l.15. l.17. §. ult. sol.
matr. l.item. 18. l. Nesennius. 41. § ult. de re jud.*
Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis
non impugnat sententiam, sed moderatur vires
judicati. Idem obtinet & in exceptione restitutio-
nis, *l. divus. 33. de re jud.* & in exceptione ceden-
darum actionum, *l. si fidej 41. §. 1. de fidejuss.* Item
in exceptione non impleti contractus, veluti pre-
tii non soluti. De qua DD. in *l. 1. C. de jur. &
fact. ign.* Gail. 2. *obs.* 27. Zang. *de exc. part. 4. cap.
28. n.* 88. Tantumdem dixero, si exceptio judi-
cium

cium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, *l. licet. 24. C. de proc.* si modo
12 hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum protestari consuevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, sed ex illis sibi defensionem rectè atque ordine velle tribui. Damhoud. *prax. civ. cap.* 139. Imbert. *inst. for. lib.* 1. *cap.* 51. Mynf. 4. *obs.* 89. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *cap.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 174. *num.* 15. Gudelin. *lib.* 4. *c.* 7. *sect.* 1. *& cap.* 8. *sect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cùm intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tamdem objiciatur, quæ initio objecta eum statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ & per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, juxta *instruct. Cur. Holl. art.* 88 junct. *art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Just.* Groenevv. *de ll. abrog. ad hunc tit. Inst.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit.

UT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l. 2. §. 2. de exc.* estque nihil aliud replicatio, quàm secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 1. unde à Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *l. exceptio.* 22. §. 1. *eod.* quamquam propriè exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen iniquè noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie justa] Κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia] Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l. 7. l. 10. C. de except. l. 2. §. 2. D. eod.*

Replicatio vocatur] Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.*

Nocet ei exceptio] Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, *l. 27. §. 2. de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. si unus. 27. §. 2. de pact. & *conciliatur cum* l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de solut.

CUm exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cùm quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & nostris replicatio dicitur, 1
propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς.

Vis

Vis exceptionis resolvitur. Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. cap. 29. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris exceptio) *refertur*. At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minimè, inquam: nam cùm non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit.
1 Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus. 27. §. 2. de pact.* cùm ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cùm in facto rei posita sit, rectè dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hìc exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus*, inquit, *jus continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum. 34. §. 1. de obl. & act.* scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cùm quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere. & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si verò per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cùm hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc verò inquit facere est tutius: quia scil. dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. *ad d. l. 27. §. 2. de pact.* Don *ad l. 5. C. eod.* Bachov. *de pact. cap. de effect. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

1. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, iniquè noceat. Quod cùm accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori iniquè noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quàm diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eum datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verùm hanc licentiam posteritas meritò refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet causam, quàm implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem, 1 nisi ex gravi causa judex aliter decernat, pura ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. Vid. *Ordin. Cam. Imp. p. 3. tit. 20.* Imbert. *1. Inst. for. 36. Ampliat. Instr. Cur. Holland. art. 12.* D. Tuld. *in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa actori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps, Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1.* In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appointeert partyen te beschryven by memorien en advertissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appointeert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyscht vvordt. Ende vvordt in beyde geschreven by eysch, ant vvoordt, replijcq, duplijcq, by intervalle van tijdt, sonder meer*. Merul. *d. dist. 4. sect. 4. tit. 10. & seq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus: & rectè: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur:*

tur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quadam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. *Sed hac exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*
2 *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.*

1 Utrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam; sive quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. hoc tit.* Personæ cohærent exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, *l. nisi. 22. de pact.* ne quis ultra quàm facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia. 196. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes. 19. hoc tit. de except. l. si tibi. 17. § pactum. 5. cum aliquot ll seqq. de pact. l. ex persona. 32. de fidejuss. l. 9 §. ult. l. si is. 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jurejur. l. 9. §. pen. de sen. Mac. l. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori. 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 32. & l. seq. sol. matr. l. etsi. 24. cum seq. de re jud. l. nisi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quia mandati judicio] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset: quippe à quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati reperere potest, *§. si quid. 6. sup. de fidejuss. l. mandati. 14. C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τῷ αὐτῷ μὲν à reo exigi, scribit Ulpian. *l. adversus 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, pura si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, *l. quod dictum. 32. de pact. l. 9. §. pen. de sen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi. 22. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius in *d. l. 22.*

Debitor si bonis suis cesserit] Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum; neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quàm facere possit, condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. pr. de except* De quo plura *sub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cùm fidejussor suam personam, tanquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis, meritò arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sunt majores, *l. 6. de restit in integr. l. minor. 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causa. 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidej. min.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor. 51. de procur.* add. Mynf. 4. *obs.* 18. Maurit. *tract. de rest. in int. c. 13.* Gomez. 2. *res.* 14. *n* 6. & 9. Planè si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum, cùm etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min.* Maurit. *c.* 14. Odd. *tract. de rest. in int. 1, quæst.* 48. Duar. *ad d. tit. C.* 2

TITU-

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquam de actionibus, earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu, dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis. 37. de obl. & act.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum ff. inscripserunt, *De interdictis, sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat, cùm de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maximè cùm de possessione] Ait *maximè*, quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quàm celerrimè componerentur, *l. 13. §. 3. de usufr.*

Quasi possessione] Rerum scil. incorporalium, puta ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de hær. pet. l. 23. §. 2. ex quib. caus. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? observatur error Theophili.*
2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant?*
3 *Cur potissimum de possessione proposita?*

SEn actionibus, quæ pro his exercentur] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet *§. ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. ff. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterem for- 1
mulam spectemus, sic rectè definietur: Decretum prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur; hic prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine constitutione judicii. Nam prætor ad stipulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Toto que judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enunciatum prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quàm actiones quibus de possessione disceptatur.

Tunc maximè cùm de possessione] Ait, *maximè* 2
quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. ait. 11. cum §§. seqq de itin. actuque priv. l. 1. § ult. de aq. quot. & est.* quamquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cùm sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc usu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. §. hoc autem. 13.* Don. *ad hunc tit. C. n. 6.* Tuld. *n. 2.* Et hoc est, quod dicitur in *d. l. 1 § ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cùm illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione tantùm sint præparatoria, & ubi desierint, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l nulli. 10. C. de jud.* Ideo autem de 3
causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quàm

quàm celerrimè impetio prætoris transfigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cùm in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc fere suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt, Gall. 1. *obs.5.* uti apud nos curia Provincialis *art.39. & seqq. instr. Cur.Holl.* aut supremus Senatus *art.19. supr.Senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantùm, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. pr. hoc tit.* & exponuntur singulis titt. seorsum.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti, eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea propriè vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum, quæ hîc proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quàm quæ de rebus privatis. Ulpian. *l. 1. §. 1. hoc tit.* addit; quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l. 3. §. 1. illo tit.* vid. Cujac. 4. *obs.* 11.

Vetat aliquid fieri] Unde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidenti] Intelligit interdictum *Uti possidetis*: quod plenius explicabitur §. *retinendæ. 4. inf. eod. Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario: nam alias etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, *l. 1. §. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti] Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. ff.* non refertur, sed *tit. ult. lib. 11.* his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo cave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari] De quo in *l. 1. & passim, ne quid in loc. sacro.*

In flumine publico] De quo sub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui] Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *restituas* addatur, *l. 1. quor. ben. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.*

Bonorum possessori] Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copiosius explicabitur §. *proximo*.

Qui vi de possessione] Unde apparet, significari interdictum *unde vi. §. 6. inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest, quod hæc tantùm ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod verò nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoquam retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum idem edictum *de hom. lib. exhib.*

Aut parenti liberos] Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdicere omnibus Latinè loquentibus idem est, quod vetare, prohibere; ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur] Hoc planè ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. pecuniæ.* 178. *de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non male convenit: nam interdicta totam litem non perimunt, sed tantùm possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate

de

de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l.3. C. hoc tit. l.2. in fin. C. ubi in rem act. l.13. C. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib.5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam. add. Covar. *pract. quaest.* 17.

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hac est, quod quadam adipiscenda possessionis causa comparata sunt, quadam retinenda, quadam recuperanda.*

NOTÆ.

2. *Sequens divisio*] Ex Paul. *l.2. §. ult. hoc tit.* Superior à forma, hæc à fine sumpta est, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l. 2. §. ult.*

Quadam adipiscenda] Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus. Auson. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus unde repulsus
Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.

Interdictum *unde vi* comparatum est recuperandæ possessionis causa *utrobi* retinendæ: *quorum bonorum* adipiscendæ.

COMMENTARIUS.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantùm, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantùm subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscenda possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur*, Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hac est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro harede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro harede autem possidere videtur, qui putat se haredem esse pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hareditariam, vel etiam totam hareditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscenda possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscenda possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. *Appellatur quorum bonorum*] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro harede possidere, &c.] Vid. *l.11. cum seqq. de hær. pet.*

Primum conatur adipisci possessionem] Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d. l. 1. in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum] *lib. 43. ff. tit. ult. & 8. C. tit. 9.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua interdicta adipiscenda possessionis causa comparata.*
2 *Quorum bonorum, cui, adversus quem competat: & cui bono comparatum.*
3 *Quis hic dicatur pro harede prove possessore possidere: tum cur bonorum possessori petitio hareditatis non sufficere visa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4 *Quibus propositum remedium* l. ult. C. de evict. D. Hadr. toll.
5 *Cui adversus quos interdictum Salvianum detur?*
6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

Adipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, 1
quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est: de tabulis exhibendis; & de glaude legenda: quæ extant & explicantur in ff.

Accommodatur bonorum possessori] Competit 2
hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est, *l.1. quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per *l.1. C. quor. bon.* Gloss. comm. approbata ad *rub. C. eod.* Schneid. *hic. n.13.* Ant. Fab. *C. suo eod. tit. defin. un.* Quamquam hoc displicet Baron. *hic.* Don. *ad d. tit. C. n. 3.* Cujac. *in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à prætore data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio, quam prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, prætor dando bonorum possessionem, tribuit, tantùm jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l. 3. §. 1. de bon. poss.* Hæc igi-

igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex iis bonis] Comperit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti, cùm moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *possideresve, si nihil usucaptum esset. l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut pro possessore] Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove possessore possideret; quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. parem. 150. l. qui dolo. 131. cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Esset enim iniquum, eum, quem dominum esse non constat, sed qui tantùm se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam. 13. §. 1. de hær. petit.* Covar. *pract. quæst. cap. 12.* Cacheran. *decis. 56.*

Restituere debeas] Restituendi verbum propriè refertur ad ea, quæ à nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de iis accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

3 *Pro hærede*] Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cùm non sit, sive sciat, se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidendi aliam habet, quàm quod possidet: unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantùm corporum possessores, ut interdicto *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor. 42.* & ibi Bart. *de hær. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quàm in interdicto; nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l. 1. C. quor. bon.* Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. judices. 91. C. de jud.* add. Afflict. *decis. 14.* Menoch. *de adip. poss. rem. 1. num. 97. & seq.* Ant. Fab. *C. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Planè in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulares, *l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. 1. ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur, quàm qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam possidet, *l. 9. & seq. de hær. pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. Consule Cacheran. *decis. 74.* Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed 4
scriptis rarum, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in *præl. d. l. ult.* Sichard. *ibi n. 4. & 5.* Menoch. *de adip. poss. rem. 4. n. 648. & 726.* Ant. Fab. *C. suo. ad eundem titul. defin. 3. & 4.* Christin. *vol. 4. decis. 30.*

Interdictum, quod Salvianum] Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa 5
comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantùm de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignerasti, qua de re agitur, id illi restituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam à colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppigneravit, per *l. 1. C. de prec. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem: quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solùm rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cùm obligaretur, fuisse. Ang. Jas. & alii in § *Serviana. 7. sup. de act.* Vvesemb. *par. de Salv. interd. num. 2.*

num. 2. Schneid. *hic. n. 7.* Fach 8. *controv. 92.* & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quàm adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, *arg. Nov. 4. cap. 2.* Fachin. *ubi sup. cap. 93.* D. Tulden. *ad d. tit. C. n. 2.* Divortium à communi sententia facit D. Ant. Merenda *5. cont. 37. & seq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana: quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana. 7.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdicto, quàm actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantùm agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; ac in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cùm de pignore convenit, *l. & quæ. 15. §. 1. de pign. l. ante omnia. 23. de probat.* quod fusius à me explicatum sub *d. §. Serviana. 7.* Vvesemb. *d. loc.* Menoch. *de adip. poss. rem. 3. n. 8. & seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta* uti possidetis *&* utrubi: *cùm ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commodius est & potius, possidere quàm petere; ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, cùm obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* utrubi *verò interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam* uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *verò interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est; ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.*

NOTÆ.

4. *Ab adversario*] Si verò alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq eod.* Et hoc est, quod dicitur, etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni] *l un. utrubi.* retrorsum numerati. Paul. *5. sent. 6.* εἰς τοὐπίσω ἀναλογιζομένου. Theoph. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

Utriusque interdicti potestas exæquata d. l. un. §. 1. utrubi. quem locum apparet à Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare?*

2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cùm duo in solidum eamdem rem possidere nequeant?*

3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit? & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*

4 *Vetus differentia inter interdicta uti possidetis & utrubi: ejus differentiæ sublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

RETinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrubi*. Prius est de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit: ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent, cùm de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit] Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, 1

l. ordinarii. 13. *C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter.* 62. *de jud.* Ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quàm si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cùm duo in solidum eamdem rem possidere non possint? *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videamus possidere, cùm tamen revera unus tantùm possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eamdem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter justè, alter injustè *l.* 16. §. 1. *de acq. poss. pr. l.* 3. *pr. uti possid* Quæ & sententia Sabini fuit, *d. l.* 3. §. 5. *de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l.* 3. *pr. uti poss. l. & habet.* 15. §. *eum qui.* 4. *de precar.* Cujac. 5. *obs.* 22.

Commodum possidendi in eo est] Possessoris multo melior, quàm petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l.* 2. *C. de prob. l. ult. C. de rei vindic. l.* 4. *C. de edend. fac. l.* 128. *de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in *l. is qui.* 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. Quid ergo, si quis non observato hoc consilio JCti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quàm animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi. l. eum fundum.* 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expressè traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sanè ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falsè multi existimaverunt, decepti, *d. l.* 12. §. 1. *& d. l.* 18. §. 1. sed ut interim dum de possessione cognoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii,* 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *C. hoc tit.* quæ verissima præd. ll. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus male major pars secessionem fecit. Et quamvis Bart. in *d. l.* 12. §. 1. aliique citati à Menoch. *de retin. poss. rem. n.* 511. *cum seqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ.* Damhouderi. *c.* 45. *lit. B.* cum Martino *Glossatore*, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vid. Menoch. *d. rem. n.* 539. *& seqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fachin 8. *contr.* 6. Diod. Tuld. *comm. hic. c.* 3. *&* 4. Christin. *vol.* 4. *decis.* 130. *n.* 3. *& seqq.* convenit *c. cum dilectus.* 6. *x. de caus. poss. & propr.* & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. *d. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus. vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib.* 2. *select. quæst. c.* 39.

4 *Quorum vis ac potestas plurimam differentiam*] Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* id est, interdicti redditi, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis, &c. l.* 1. *in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc. Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Labeo.* 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio. Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* verò in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore.* 156. *de verb. sign.* add. Paul. 5. *sent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario] *l.* 1. *& pass. uti possid. l.* 1. *C. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ult. de acq. poss.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maximè attendebat prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 2. *scen.* 3. Chærea ait: *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas:* eleganter addit Donatus: *Secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur.* HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata est] Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in *l. un.* §. 1. *de utrubi.* Jure autem Canonico aliud observatur:

ratur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ, sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit tanquam qui justiorem possessionis caussam habeat, *c. licet. 9. x. de probat.* Eoque jure nunc fere utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax.civ.* 34. Menoch. *de retin. poss. rem.* 3. *n.*714. *& seqq.* Vvesemb. *par. uti poss. n.* 5. & eleganter in *not. ad* Schneid. *in §. pen. hoc tit.* D. Tulden. *comm hic. cap.* 3. Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. *ad d §. pen. n.* 6. & ibi Vvesemb. *in not.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue*, seu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea fiduciaria possessio. Covar. *pr. q.* 17. Aufrer. *in styl. Parlam. tit. de caus. novit.* Masuer. *in pract. tit. de possess.* Ant. Fab *C sui lib.* 8. *tit.* 4. *defin.* 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur; alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantùm summatim judex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur. vid. Gail. 1. *observ.* 5. *&* 2. *seqq.* Menoch. *retin. poss. rem ultim.* Fachin. 8. *controv.* 15. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *n.* 7. *& seqq.* VINN. Et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto *uti possidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, *vi* ne quis possideat, an clam, an precario, sed tantùm quæratur, quis jam in præsenti possideat! HEIN.

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

5. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

NOTÆ.

5. *Deposueris aut commodaveris*] Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l.* 30. §. 6. *& seqq. d. tit.* per fructuarium, *l.* 6. §. 2. *de prec.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessore habetur, *l. ult. uti poss. l.* 3. §. 13. *& seq. de vi, & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid propriè sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur?*
2 *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Justiniano sublata.*
3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu?*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quàm ei, qui numquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

Non solùm si ipse possideat, sed & si ejus nomine] Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per* 1
quas pers. cuiq. acq. est animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l. qui universas.* 30. §. *quod per colonum.* 5. *& seqq. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, *l.* 3. §. *creditores.* 8. *uti possid.* vid. tamen Menoch. *retin. poss. rem. ult.* Joan à Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possidet, quàm superiores, §. 4. *vers. idem placet. sup. per quas pers cuiq. acq. d. l.* 6. §. 2. *de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quàm aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.* 3. §. *unde vi.* 13. *& seq. de vi & de*

vi argum. quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu usus fructus perseverat. Cujac. 9. *obs.* 33. Don. *ad d. l. un. C. uti poss. n.* 5. Joan. à Sande *d. defin.* 2. In summa verò, possessionis parum interest, utrum quis justè, an injustè possideat, *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modo ne injustè possideat ab adversario, *l.* 1. § *ult.* & *l. seq. uti possid.*

In possessione sit] Rectè *in possessione.* Nam aliud longè est possidere, aliud in possessione esse, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ult sup. de ingen.* is possidet, cujus nomine possidetur: qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium, *l. quod meo.* 18. *pr. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet] Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur, inque eo veteres omnes consentiunt. Hoc amplius
2 Proculus putabat, etiamsi sponte è possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem à nobis retineri, *l. cum quis.* 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus *l. si de eo.* 40 §. 1. *de acq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. *si quis* 8. *eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l.* 3. §. *sed etsi.* 9. quod & apud Julianum relatum est, *l. non solum.* 33. §. *qui pignori.* 4. *de usuc.* Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre.* 44. §. *ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. C. eod.* Don. 5. *comm.* 12 Ant. Fab. *dec.* 4 *err.* 2. & *seq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia Provincialis Frisiæ, teste D. Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æquè ac deserens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. *n.* 17. & *seqq.* Eleganter D. Joan. Decker. *lib.* 1. *diss.* 3. *n.* 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l.* 1. §. *quod servus.* 22. *unde vi.*

3 *Animo solo retineri possessionem*] Etiam solo animo retineri possessio potest, *l.* 4. *C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l.* 3. §. *sed etsi.* 7. & *seqq. l.* 6. *in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l peregre.* 44. §. *ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, *l. possessio.* 49. *eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enim verò quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cùm velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti possidere desinimus, *d. l.* 3.
§. *Nerva.* 13. Hic autem locus occasionem Do- 4
ctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantùm possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falso ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox egressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sanè à ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito numquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantùm modus tenendi & possidendi diversus est alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo.* 10. *C. de acq. poss.* Illud à vero abest quàm longissimè, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covar. *pract. q* 17. *n.* 5. & alii citati apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *n.* 4. Nam possessio planè amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l.*
6. §. 1. *l.* 25. §. *ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad 5
retinendam possessionem sufficit: quoniam ut maximè velimus, eam repetere non possumus, *d. l.* 3. §. *Nerva.* 13. *eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus uti possidet jure, ita plenè possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis.* Vid. Joan. Fab. *ad præ.* §. Menoch. *rem. ult. retin. poss. n.* 17. Christin. *d. decis. n.* 6. ubi refert, non semel supremam Curiam Mechliniensem censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis, agere deberet. Ant Fab. *lib.* 8. *C. sui. tit.* 4. *defin* 8.

Secundo libro exposuimus] *Tit. per quas pers. cuiq-*

cuiq. acq. ubi docuit, non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quàm proprietatem: adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l. 1. l. 8. C. de acq. poss.*

6 *Animo solo adipisci possessionem nemo possit*] Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l. 1. §. 3. de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hìc concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, *l. 3. §. 1. & 3 l. 8. cum hæredes. 23. eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maximè naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, *d. l. 1. §. 1. d. l. 3. §. 3. d. l. 23. eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l. 1. §. pen. l. quod meo. 18. §. 2. l. quarumdam. 51. eod. l. 9. §. item. si. 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Falluntur enim, qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hìc nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *d. l. 1. §. pen. & d. l. 51.* Sed illi cùm ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed dumtaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pæne facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quàm initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d l. 3. §. cæterum. 12. d. l. quod meo. 18. de acq. possess. l. ea quæ. 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur.

7 Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solùm volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas. 30. §. 1. & .. de acq. poss.* si amplius, cùm velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *l. 3. §. quod Nerva. 13. eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l. 3. §. Labeo. 17.* si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi. l. 3. §. si quis. 8. l. 6 in fin. l. si id quod. 25. §. ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l. 15.* si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l. 13. eod.* Volentibus autem nobis uno tantùm modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à veteribus traditum est *l. 3. §. in amittenda. 6. l. si quis. 17. §. 1. & l. seq. l. peregre. 44. §. 2. eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l. 8. eod. l. fere. 153. de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantùm, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l. 3. §. in amittenda. 6.* Donell. *lib. 5. comm. cap. 13.*

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerat. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium*] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cùm eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & seqq. de vi & de vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in [illegible]. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit, *l. 1. pr. §. 32. & seqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus] *l. 5. l. 7. C. unde vi.* vid. *sup. §. 1. de vi bon. rapt.*

Tenetur lege Julia, &c.] *l. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv.* De pœna harum legum est in § 8. *inf. de publ. jud.*

Sin autem armis] Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum unde vi, quibus, quarum rerum nomine detur?*
2 *Dejici quis intelligatur?*
3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus quo casu ex constitutione Constantini detur?*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in continenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.*
6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt. & de remedio can. redintegrandæ: tum quomodo hic apud Batavos procedatur?*
7 *Pœnæ invasio is ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.*

AD recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fusè declaratur ab Ulp. *l.* 1. & *l.* 3. *de vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc
1 interdictum ad eos tantùm, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum verò mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d.l.*1 §.5.& *seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d.l.*1.§.*si quis.* 7. Paul. *5. sent.* 6. videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum dumtaxat actio datur. Planè de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cùm dejiceretur, habuit, placet, etiam hoc interdictum reddi: quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l.*1 *pr.* §.*si fundus.* 32. & *seqq. l.pen eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui rectè facturus sit, si prius quàm jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l.si quando.* 9. *C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cùm jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quàm si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l.* 6. *in fin. de acq. possess. d. l.* 1. § *sive autem.* 24. *unde vi.* Don. *ad d. l. ult. num.*8. D.Tuld. *ad eund. tit. C. num.* 4. Menoch. *recup. poss. rem.* 3.

2 *Dejectus fueris*] Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum *unde vi*, competit, *d l.*1. §.*non alii.* 45. *unde vi.* Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, *d.l.*1. §.*quod servus.*22. *l. ult. eod.* Planè fructuario & usuario etiam hoc 3 interdictum datur, licet & ipsi non magis, quàm superiores possideant, *l.* 3. §.*unde.*13 & *seqq. eod.* Sed is plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt: quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §.*præced.* Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, 4 qui absentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, ipsa impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permittit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l.*1. *C. si per vim vel alium mod. poss.* add. Menoch. *recup. poss. rem.* 6.

Cogitur restituere possessionem] Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l.* §. *ex die.* 40. & *seq. l.si vi me.* 15. *unde vi. l.*4. *C.eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. *retinendæ.* 4. *sup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, 5 ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu, dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l.*3. §.*cum.*9. *eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa quàm ille vi possidere intelligendus est, *l.qui possessionem.* 17. *eod* Cujac. Hotom. *hic.* Duar. 1. *disp.* 20. id, quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib* 5. *sent.*6. significare his verbis: *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistinctè vincat hoc interdicto, qui vi quacumque à quocumque dejectus est, teste D.Menoch. *recup. poss. rem.*1. *n.* 7. Jure civili hoc interdicto tantùm tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l* 7. *unde vi.* Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat 6 vim factam esse: quoniam hoc ipso fit socium delicti facit, *cap.sæpe.*18. *de rest.spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur. Menoch. *recup. poss. rem.* 5. *q.*13. Iidem Canones & pinguis remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegranda.* 3. *quæst.*1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque sæcu-

lari

lari obtinet. De quo vid. Menoch. *d. rem.* Gail. 2. *obs.* 75. Mynf. 3. *obs.* 85. Cacheran. *dec.* 93. Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. *& passim.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 135. *n.* 17. *& seqq. item decis.* 140. *n.* 4. *& seqq. & decis. seq. n.* 4. *& deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complainfte*, ut vocant, docet Merula *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 5. *& sect.* 3. *tit.* 1. *c.* 2. *ex Instruct. Cur. Holland. art.* 39. *&* 3. *seqq.*

7 *Ex sacris constitutionibus*] Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantùm tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet, tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l.* 5. *l.* 7. *unde vi*. Eademque pœna postea placuit etiam mulctandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec à judice condemnentur, *l. non abs re.* 10. *C. eod.* de quo plura dixi *sup. ad pr. de locat.*

Ut supra diximus] §. 1. *vi bon. rapt.* ubi didicimus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum à prætore, tum legibus & principum constitutionibus, obiter notavimus *sub rubr. eod.*

Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l.* 1. §. 2. *unde vi*. Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, *l.* 3. §. 2. *de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.* 5. *de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex.* 8. *infr. de publ. jud.*

Armorum appellatione] Vid. *l. armorum.* 41. *de verb. sign. l. armatos.* 9. *de vi publ. l.* 3. §. *unde vi*. Ciceronem in Or. *pro Cæcinna.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

7. *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti uti* possidetis *interdictum & utrubi. Ideo autem duplicia vocantur quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipuè reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quàm actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. *Cùm prætor prohibet in loco sacro, &c.*] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quàm adipiscendæ possessionis?*

Tertia hæc divisio sumpta est à personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantùm personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus prætor singulari numero utens unum tantùm alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt: in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis,* &c. *Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini*, *l.* 1. *in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l.* 2. *pr. hoc tit.* 1

Duplicia sunt, veluti uti possidetis: & utrubi] Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *l.* 1. *pr. &* §. 2. *de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis.* 37. §. 1. *de obl. & act.* Paulus *l.* 2. *hoc tit. in fin.* scribit, etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. 4. *obs.* 11 negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat, & ad possessionem jam primum adipiscendam, & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi litem, qui de amissa recuperanda solicitus est. Cujusmodi est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, à quo quis possessione pulsus est, *l.* 1. §. 3. *illo tit.* 2

Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus.* 13. *de judic.* idque non tantùm quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi. DD. comm. in *d. l.* 13.

L. 13. Schneid. *hic. n.* 5. & *ibid. in not.* Vvesemb. Christin. *vol.* 4. *decis.* 141. *n.* 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta?*

HIc locus à me expositus est *sub pr. hujus tit.* Pro *exitu*, Hotomanno legendum videtur *ritu*; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quàm ritus & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis, *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controversiæ possessionis, *l.* 35. *de acquir. poss.* Theoph. *περὶ τῆς τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελέσματος.*

Qualia sunt hodie omnia judicia] Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso prætore, inde illæ causæ dictæ sunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certè postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à magistratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. quæ scripsimus *ad princ. sup. de actionibus.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, si jam interdixerat prætor, & adversarius negabat, rectè & jure interdictum esse, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores, vel judices dabantur, *l.* 1. §. 41. *ff. de vi & vi arm. l.* 3. §. *ult. ff. uti poss. l.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cic. *pro Cæcin. c.* 2. 8. & 17. Quintilian. *Inst. Orat. lib.* 7. *cap.* 5. *lib.* 12. *cap.* 10. Frontin. *de limit. agr. p.* 41. & *ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coercentur, qui eo jure abeuntes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maximè fieri potest, quod temeritas tam agentium, quàm eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant] Id est, legumlatores, magistratus, jurisperiti, *l.* 21. *de reb. cred. l.* 13. *C. de jud. c.* 1. *x. de sent. & re jud.* Suet. *in Vesp. cap.* 10.

Modo pecuniaria pœna] Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. tit.*

Infamiæ metu] Ut in judiciis famosis, §. 2. *inf. eod.* Sed & φιλοδίκαις infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unicè incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concor-

cor-

cordiam & unanimitatem. Itaque cùm nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbat, quàm litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantùm ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur: cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia quàm improbè calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni veram bonamque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem, tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus *in Quintiana*.

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & mulcta pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Mulctam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis, piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum sub §. *si quis agens.33. sup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, *δεινὸν τὸ μὴ ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι τῶν καλῶν πολιτευμάτων, ἤτοι καθαρῶν, μέγα καὶ φοβερόν*. Theod. Hermop. *ad l.104 de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuria, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quàm simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione nostra*] Extat in *l. 2. C. de jurejur. prop. calum. dand.*

Putans se bona instantia uti] Id est, reus jurat, se *δίκαιον νομίζειν τῇ ἀντιῤῥήσει χρῆσθαι*. *Nov. 49. cap. ult.* § 1. Est igitur instantia, sive *ἔνστασις*, defensio, seu contradictio rei. Instare, *ἐνίστασθαι*, contradicere, *ἀντιλέγειν*. Theoph.

Vel tripli] Theoph. *εἰς τὸ τετραπλοῦν, in quadruplum*. Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Theoph. *εἰς τὸ τετρ.* expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est. Cujac. Hotoman. Fabrot.

Actoris quoque calumnia] Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *d. l. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis quàm assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Jusjurandum calumniæ à Justiniano revocatum qui præstent, & quale id sit?*
2 *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit; & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

1 Jusjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum, *l. inter cohæredes. 44. § qui familiæ. 4. fam. erc.* in desuetudinem postea abiisse videtur, Justinianus revocavit, *l. 2. l. 6. C. de jurej. propt. cal. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia uti, & juste ad inficias ire. *Nov. 49. cap. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare, se *δίκαιον νομίζειν τῇ ἀντιῤῥήσει χρῆσθαι*. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quàm assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit. Perez. *ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse. *Nov. 49. auth. hoc Sacramentum, & auth. in isto. C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. Principales. C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet

net & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus, *d. l. 2. §. 2. & seq* junct. *d. auth. principales*. Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *c. cùm causam. 6. de jur. calum. c. 3. §. pen. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. *lib 4. de jur. noviss. cap. 8. in fin.* Gail. *1. obs. 83. 88. & seqq.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Adversus inficiantes ex quibusdam causis] Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, *§. sed furti. 26. sup. de act* ubi hac de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea repetiri testatur Cujac. Hotom. Pacius.

Pluris quàm simpli actio est] Ex furti causa lis etiam sine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantùm obiter indicare dissimilitudinem causarum.

2 *Utriusque etiam partis advocati*] Etiam à patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse: nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiosè aut improbè fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2 pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *cap. cum causam. 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumniæ actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, mulctabantur, *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eamdem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione sed satisdatione fieret.

3 *Damnum & impensas*] Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *l. cum quem 79. de jud. l. properandum. 13. §. sive autem. 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit expens. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim verè de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. eum quem. 79 de judic.* Planè si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. Nov. 82. c. 10. auth. post jusjurandum. in fin. C. de jud.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet. conf. DD. in *d. l. eum quem. 79. de judic. & d. l. properandum. 13. C. eod.* Covar. *pr. q. 27. num. 5.* Viv. *lib. 1. opin. 425.* Menoch. *arbitr. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35.* Gail. *1. obs. 151. & seqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. cap. 13.* D. Tulden. *comm. hic, c. 3.* Christin. *vol. 1. decis. 166. & vol. 4. decis. 97. cum ibi citat.* Sichard. in *d. l. properandum. 13. §. sive autem. 6. & in l. sancimus. 15. C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expressè docet: sed intrinseca tantùm, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad d. l. sancimus. 15. n. 9. & seq.* Thessaur. *decis. 67* Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? Vid. Mynsi. *1. obs. 2.* Gail. *1. obs. 151. n. 16.* Trentac. *2. pr. res. tit. de postul. n. 3.* Gudel. *d. c. 13.* Christin. *vol. 2. decis. 102. n. 1.* Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum. 13. §. sive autem. 6. d. Nov. 82. c. 10.* Nic. Valla *de reb. dub. tract. 1. n. 18.* Gudelin. *cap. 13. vers. cæterum.* Sichard. *ad d § sive autem. 6. n. 18.* ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ibid* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. in *d. §. sive autem. 6. n. 16.* Gudelin. *d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent; 4
cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vis jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 8. in fin.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 1.* Wesemb. *par. de jurejur. num 9.* Christin. *volum. 1. decis. 147.* de quo queritur D. Diod. Tuld. *lib. 4. de caus. corrupt. jud. cap. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand. 34. §. 4. de jurejur.* id moribus adhuc obtinet. Wesemb. *d. n. 9.* Sed neque

advo-

advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verùm semel in universum, cùm designantur, sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. *d. c.* 8. *in fin.* Merul. *d. tit.* 8. *cap.* 3. *&* 4. quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Instr. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam.* 14. *in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantùm jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetitio habetur, *arg. auth. Hoc sacramentum. C. de jureiur. propt. cal.* Vvesemb. *ad tit. C. de ord. jud. num* 5. Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hìc repudiatam, postea in usum revocare studuisse *Nov.* 112. Gudelin. *d. lib.* 4. *c.* 13. *in fin.* Quæ verò dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damna adversarii, ea fere hodieque obtinent, nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quàm si petita fuerint; non quod judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in *d. l. properandum.* 13. *§. sive autem.* 6. *C. de judic.* censent, & usus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur.* Gail. 3. *obs.* 151. Mynsi. 4. *obs.* 55 Damhoud. *prax. civ. cap.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tulden. Merul. *d. sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 15. Gudelin. *d. cap.* 13. Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit; ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *art.* 95. *& seq. Instruct. Cur. Holl.* Merul. *lib.* 4. *dist* 4. *sect.* 5. *tit.* 15. *& seq.* Gudelin. *d. cap.* 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulctantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Patres Curiæ litem temere aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium; in personalibus pœna quinquagesimæ æstimarionis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Justis.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211 *Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temere appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art.* 232. *Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario; add. *noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

2. *Directis, non contrariis actionibus*] *d. l.* 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. *§. ult. l.* 5. *depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l.* 6. *§. ult. d. l.* 5. *depos.*

Sed & pacti] *d. l.* 1. *l.* 4. *§. ult. d. tit.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l.* 5. *eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari, *d. l.* 6. *§.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famosa?*
2 *Famosam non esse actionem quod met. ca. neque interdicta, neque condictiones, quamvis ex famosis causis.*
3 *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa?*
4 *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa?*
5 *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam variè?*

POena infamiæ non tam temeritatis pœna est, quàm doli, & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, 1
de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l.* 1. *de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l.* 6. *§.* 1. *eod.* Addit prætor in edi-

edicto, si damnati sint suo nomine, *l.* 1. *l.* 4. §. *ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores, & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non subeunt, *d. l.* 6. §. 2. Famosa quoque sunt judicia sepulcri violati, *l.* 1. *de sepulchr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. si te.* 12. *C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cùm prægnans non esset, aut ex alio concepisset,
2 *l. notetur.* 15. *cum* 4. *seqq. eod.* Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. 15. *comm.* 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque.* 13. *unde vi.* Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Hotom. *hic.* Illud constat, in condictionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant, *l. cessat.* 36. *de obl. & act.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond. furt. l. rerum.* 26. *de act. rer. amot.*

3 *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *l.* 1. *l.* 4. §. *ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos solùm, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnabitur, sed procurator ejus, *l.* 1. *C. de sent. & interloc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, *d. l.* 6. §. 2. De hærede quoque ideo eodem loco dicitur: nimirum etsi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt, *l.* 12. *l. omnes.* 26. *l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. §. *ult. l. pœnalia.* 164. *cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam subeat, cùm non suo nomine, nec ex suo dolo & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem, sed in dominum dirigitur. D. Tulden. *in tit. C. de sent. & interloc. num.* 4. Christin. *vol.* 4. *decis.* 91. *num.* 16. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 1. *cap.* 1. Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatus sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *l.* 6. §. *ult. de his qui not. infamia. l* 5. *depos.* §. *suspectus.* 6 *de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantùm imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum.* 42. *de verb. sign.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l* 1. *de his qui not inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. §. *ult. eodem titul. d. l.* 5. *depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est; sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Planè in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in specie *d. l.* 6. §. *antep. de his qui not. infam.*

Tutelæ, mandati, depositi, pro socio] Quid ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cùm prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim excepérit, notaveritque, haud dubiè in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque verò defuit prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quàm furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quàm ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet: add. Coras. 4. *misc.* 19. Don. 18. *comm.* 8. Hodiernis moribus nulla judicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa, quàm ex genere pœnæ infamiam irrogari; vid. Bern. Autumn. *confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam.* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenevv *de ll. abrog. hic.* 4

Sed & pacti] Non solùm damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l.* 1. *l.* 4 § *ult. de his qui not. inf.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l.* 5 *eod.* confessus autem pro judicato est, *l.* 1 *de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quandocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: 5

actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actionibus verò, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hìc de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quàm ex conscientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has causas tantùm illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus. 73. de procur.* reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit: quamquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. §. *in summa. 10. de injur.*

Textus.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quàm si id ab ipso prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

Notæ.

3. *Actionum instituendarum*] In jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei judic.*

Parentibus & patronis] *l. 4. cum seqq. de in jus voc. §. 12. sup. de act.* Macrob. 7. *Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto præteriis impetrata venia.*

Solidorum quinquaginta] *l. pen. d. t.* Quod si libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

Commentarius.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii?*
3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid intersit inter citare, & in jus vocare?*

Concluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

Actionum instituendarum principium] Processus judiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Impp. in *l. 1. C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciariis pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hìc dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quàm lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius. 15. ratam rem hab.* Gail. 2. *obs.* 48. & 74. Vvesemb. *par. de jud. num. 6.* Christin. *vol. 2. decis.* 149. *num.* 12. & *decis.* 155. *num.* 9. Dissidium non 1
difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. Vvesemb. *ad rubr. C. de jud. num.* 9. Cagnol. *ad rubr. C. de edend. num.* 21. & 24. aut pressius, ut ea tantùm contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Marant. *spec. aur. p. 5. num.* 2. Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii est, quàm litis contestatio, &c. Posteriore propriè judicii pars non est, quamquam nihil vetat partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus. Gail. *d. obs.* 48. & *d. obs.* 74. *n.* 1. Effecta in jus vocationis hæc 3
fere sunt. 1. Ut si quis postea quàm in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est, ut is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum. 20. de off. deleg.* 3. Quod post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa. C. de litigios.* vid. Covar. *pract. quæst.* 15. *num.* 6.

In primis adversarius in jus vocandus est] Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde in- 4
telligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii

dicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. Clement.*pastoralis.de re jud.*Pet.Greg.48.*syntag.2.n.*28.Damhoud.*prax. civ.c.54.n.3.*Gail.1.*obs.48.& de pac.publ.5.n.6.*Merul.*l.4.dist.4.sect.1.t.4.c.1.*Christin.*vol.2.decis.*89.

Qui jus dicturus sit] In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc.& hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam dumtaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l. 3. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi causa;* qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in judicium vocatur.

In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* numquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quàm in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cùm quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cùm in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur dumtaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex Merul. *lib.2.tit.1.& lib.4.dist.4 sect.1. tit.4.c.1.& seqq.* Gail.1.*obs.48.& seqq.& obs.74.n.16.& seqq.*Myns.*6.obs.10.*Christin.*vol.2.dec.89.* 1

Parentibus & patronis] Hac de re copiosè explicatum est sub §.*pœnalis.*12.*sup.de actionib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid sit litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur: ejus effecta, & quibus in causis non necessaria.

Si lis, qui in jus vocatus est, neget, quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur; de quo titu vid. Pet. Fab. 2. *semestr.*24.Rævard.*pro tribunal.*12.Cujac.*9. obs.* 21. Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi; ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov. 53. c.4. tot. tit. C. ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic rectè nunc definietur, (nam vetus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eamdem rei conventi responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam.* 14 *§. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statum causæ judici demonstrat. Cùmque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negativè, *d. l.* 14 *§.1. C. de judic.* Vigl. *de lit. contest. cap.*1.Obrecht.*c.2.n.16.& seqq.*D.Perez.*ad tit.C.eod.n.3.&* 4. Et male igitur Glossa in *cap. un. x. eod.* Sichard. *in rubr. C. eod. n. 5.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3 tit. 6. cap.* 1. statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaegde geantwoordt heeft, ende conclusie genomen, dat den impetrant sinen eysch ende conclusie sal zijn ontseydt*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. lite. 35. de usur.* junct. *l. 1. C. de jud.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii propriè & strictè accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale; cujus effecta congesserunt, Gail.1.*obs.76.& 2.seqq.* Merul.*d.tit.6. c. 2.* Perez. *in C. de lit. cont. num.* 8. & D. Tuld. *ib. n. 3.* Sunt autem fere hæc. 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, *§. 1. sup. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. sciendum. 58. de obl. & act. l. nemo. 87. l. omnes.* 139. *de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præsc. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum quod nostrum non fuit, *l. videamus.* 38. *§. si actionem.* 7. *de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l. non solet. 86. cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum. 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli. 10. C. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur. 22. eod. tit. l. 14. & auth. Et consequenter C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione proces-

sum

sum vitiari: quamquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Myns. 1. *obs* 1. & 38. & 3. *obs*. 74. Gail. *dd. loc.* Merul. *d. tit.* 6. *cap.* 2. Christin. *vol.* 2. *decis.* 155. *n.* 2. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

Textus.

De officio judicis in genere.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quàm legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

Notæ.

De officio judicis] Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hìc quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. jurisd. l.* 3. *de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.*

Nec aliter, quàm legibus] *l.* 13. *C. de sent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *c.* 3. *dist.* 4. *Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est.* & *Nov.* 126. *cap.* 1. jubentur judices *νόμοις ἑπομένως διδόναι ψῆφον, legibus cognitam edere sententiam*, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut constitutionibus] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, adeo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *l.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. prov. l.* 2. *C. quand. prov. non est nec.*

Commentarius.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile: huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.*
2 *Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.*
3 *Officium judicis in judicando quale.*
4 *Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item, licet injustæ, valeant, nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*
5 *Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat.*
6 *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

1 Aliud est veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hìc quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quàm sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere, *l.* 1. §. 1. *de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione, *l.* 1. *l.* 4. *de jurisd.* sententiam judicum à se datorum exequi, *l. à Divo.* 15. *de re jud.* multam dicere; pignora capere, *l.* 1. *si quis judic. non obtemp. l.* 4. §. 2. *de damn. inf.* Sic hodie cùm magistratus, non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. Oldend. *in præfat. Class. c. de off. jud.* D. Tuld. *hic. c.* 1. Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere, *l.* 9. *C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l.* 7. *de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali, §. 1. *sup. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quàm super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus, *l. de qua re.* 74. *de judic. l. qui per collusionem.* 49. § *ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *l. judex.* 55. *de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maximè spectant; causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & dis- 2
quisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. *pr. aul. Rom. c.* 2. *n.* 7. & Gravat. *ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l.* 3. *de in int. rest.* Cognoscitur autem causa ex iis quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè ac summatim, ut interdum fit, cùm de re aliqua non ex professo agitur, sed dumtaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet, *l.* 3. §. 4. *de Carb. edict. l.* 15. §. 4 *de re jud.* (Consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Rom. lib.* 5. *cap.* 1. & *seq.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 21. & *seq.* Myns. 3. *obs.* 70. & 6. *observ.* 16.) verùm ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cùm judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia

tia

tia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *l. 9. C. de judic.* & ibi DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat, *l. de qua.74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

3 *Nec aliter judicet, quàm legibus*] Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quàm legibus aut moribus est proditum, *hoc text. l. nemo. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov. 126. cap. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἑπομένην ἐκδιδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere sententiam*. Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum*. Potest sanè judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet: quinimmo id facere jubetur, *l. benignus. 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potius quàm stricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scriptum sequi*, ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris est; boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere*. At enim verò si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *l. prospexit 12. §. 3. qui & à quib. man.* hìc judex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quàm tollat: quod solius est Principis, hoc est ejus, cujus est & legem condere, *l. 1.*

4 *l. ult. C. de legib.* Gudelin. *lib. 5. de jur. nov. c. 2.* Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publicè & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. C. quom. & quand. jud.* quæ ex scripto recitata non est: *C. de sent. ex brevic. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *l. 3. C. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata, *C. de sent. quæ sine cert. quant.* quæ lata est contra rem judicatam, à qua provocatum non est, *l. 1. C. quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones, data, *l. si expressim. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cùmque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.* Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *l. præses. 27. l. cum prolatis. 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *l. ult. C. sent. resc.* Verùm hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quàm sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debeat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peti posse ex constitutionibus; judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperitè & injustè faciat, rei tamen judicatæ standum esse responsum est, *d. l. præses. 27.* junct. *d. l. cum prolatis 32. de re jud.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum eo constitutiones ipsas damnaret; qualis sententia cùm non solùm ἄδικος sit, sed etiam ἄθεσμος, de lege ipsa & contra eam directo lata ipso jure nulla est; & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. si expressim. 19. de app. d. l. 1. § 2. quæ sent. sin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re Vant. *de null. ex defect. proc. n. 118. & num. 122. & seqq.* Zas. Duar. & DD. *in d. l. præses. 27 de re jud.* ubi rectè observant, verba *condemnavis contra leges & sacras constitutiones*, non esse judicis pronuntiantis, sed Jurisconsulti casum referentis. Add D. Christin. *vol. 4. dec. 117.* ubi post D. Leonin. *cons. 3. n. 7.* notat, *rubr. C. quand. prov. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cùm sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem *eodem loco & vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* sententias judicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu judiciali seu quæstione juris, quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tametsi à litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ desf. adv. jud. supp.* & ibi DD. In statu autem conjecturali, seu cùm de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cùm facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta & probata judicandum, *l. 6. §. 1. de off. præs.* Proin reus convictus condemnandus, non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deest in facto, judex supplebit, *arg. d. l. un. C. ut quæ desf. advoc.* nisi Glossa & DD. nisi factum actis contineatur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata, ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat. Ranchin. *in not. ad* Guid. Pap. *q. 211.* Christin. *vol. 2. decis. 165. n. 1* Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum 5
probatarum fidem, *d. l. 5. §. 1. de offic. præs.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judici constet, falsita-

falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *c. Pastoralis.* 28. §. *quia vero.* *x. de offic.deleg.* Cyn. *in l. un. C. ut quæ dec.adv* Covar. *1.res.t.* Clar. *l.5.§.fin.pr.crim.q.66.n.2.* Cacheran. *dec. 79.n.43.& seqq.* Christin. *vol. 2. decis.* 148. *n. 21.& vol.1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi verò longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut ramen numquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *l.3.de testib.* & prout religio suggerit sententiam proferre, *l.eum quem 79.§.1.de judic.* Jam verò si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cùm falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *d. l.6.§ 1. de off. præs.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quàm rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronunciet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maximè si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi id fide illius ullum præsidium. Sin verò is judex est, à quo provocari potest, satius est, eum à judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temere publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consent. fere Coras. *4. misc. 20.* Hotom. *illustr.quæst.27.* D. Tulden. *3 de princ. jurispr.6.& in comm.hic.cap. 3.* eoque etiam inclinare videtur Costal. *ad d.l.6.§.1.de off.præs.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cùm difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.

6 *Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum*] Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov.8.c.12.* nominatim de præsidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Nov. 82.c. 13.* In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores has consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum, apud bonam partem Europæ observatum, tamquam ad ἄσυλον, confugiunt. Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss.* Christin. *vol. 1 decis.343.* Grot. *t. manuduct. ad jurispr. Batav. c. 2.*

TEXTUS.

De judicio noxali.

1. *Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. *Noxali judicio aditus*] Cujac. *addictus*, vel *additus*: sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianei, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Vves.

COMMENTARIUS.

Ut sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare. 32. sup. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit: veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. *not. sub d. §. curare.* 32. Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantùm in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non à judice, sed à lege est, *l.6.§.1.de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 1. de nox. act.*

Aut noxam dedere] Τὸ βλάψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *sup. de nox. act.* Similis locutio est in *l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum*

fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei: ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pæne habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

NOTÆ.

2. *Et sine frustratione*] Theoph. οὐ δι' ὑπέρθεσιν. Non moræ aut frustratoriæ dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

Indulgendum est] In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l. ult. C de usur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quàm si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pæne] Tò *pæne* additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. & 2. C. eod.* Cujac.

Si prædo] *l. 25. §. 3. & seq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. D. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. domin. d. l. 25. § 5. de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem] *d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. D. fin. reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos?*
2 *Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant, summatim.*

HOc § agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cùm omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l. Julian. 17. §. 1. l. præterea. 20 de rei vind.* Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, quales est rei vindicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *l. qui restituere. 68. de rei vind.* quomodo apud nos semper proceditur, *art. 172. Instr. Cur. Holl.* add. *not. sub §. præterea. 31. sup. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *l. 13. §. sive autem. 6. C. de jud.* de quo explicatius *tit. præc. sub §. t.*

Cum fructibus] Etiamsi expressè petiti non sint, *l. & ex diverso. 35. §. 1. de rei vind.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio propriè id contineri dicitur, quod ei tacitè suo jure permissum est; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. planè. 38. de hær. pet. l. si reus. 73. de proc. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per collusionem. 49. §. 1. de act. empt.* adde Myns. 4. *obs.* 55. Christin. *vol. 2. decis. 105. num. 2.* Vant. *de nullit. sent. ex defect. proc. num. 97.* ubi ait, petitionem fructuum tacitè & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 8. & D. Perez. *ad tit. C. de rei vind. num.* 16.

Sed si possessor] Si possessor causetur, se non pos- 1
se in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud* Quippe res aliena, quam quis penes se habet, facilis restitui potest, quàm pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est; & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib. 20. c.* [illegible]. Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum prætererit;

rit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quàm introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt. *Instr. Cur. Holl. art* 198. & 206. Notat hoc D. Merul. *lib. 4 dist. 4. sect. 5. tit. 6. cap. 7.*

Eadem circa fructus] Est tamen nonnihil dif-
2 ferentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *l 4. §. 2. fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l. 25. §. 11. de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20 §. 3. l. 40. §. 1 d. tit.* quam ob causam fortè mox additur Τὸ *pæne*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l. 40. §. 1. l. 29. C. de rei vind* teneturque adeo non de perceptis tantùm, sed etiam de iis, qui non percepti, honestè percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus. 33. de rei vind.* Nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. bonæ fidei. 48. §. 1. de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed etsi. 25. §. si ante. 7. de hær. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2 C. de fruct. & lit. expens.* Fusius hæc explicui *sup. §. 35. de rer. div.* & *lib. 1. sel. quæst. cap. 25. & seq.*

Textus.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideo que si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Praterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.*

Notæ.

3. *Ut etiam rei causam*] Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c *l. 9. §. pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit] *d. l. 9. §. 6.* Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *l. 10. l. 20. de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præscr.* At hodie discrimen istud non obtinet, *l. 2. l. 3. C. de annal. exc.*

Sine frustratione] Id est, justa ex causa, *l. 5. §. ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *l. 12. §. 5. ad exhib.*

Ab initio res exhibita] Quod declaratur *l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; alias quanti res verè est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. l. 5. de in lit. jur.*

Commentarius.

Actio ad exhibendum præcursio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *l. 1. ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 3. §. 1. §. sciendum. 9. cum seqq. & passim. eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l. 2. eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit; *l. 9. §. quantum. 5. eod.*

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantùm, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cùm petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *d. l. 9 § 3.* Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. si quis. 17. eod l. 7 C. eod.* & ibi Sich. *num. 5. & seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l. 9. § quantum. 5. l. 10. & seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *l. cùm fundus. 31. de reb cred. l præterea. 20. de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta] *l. 9 §. proinde. 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l. 18. d l. 20. de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit: quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plenè interrumpi, *l. 10. C. de acq. poss. l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præsc.* Sed hodie hæc

differentia non obtinet, *l. 2. & l. 3. C. de annal. exc.* vid. *sup. de usuc.* §. *diutina.* 12.

Fructuum medii temporis] Commoda quoq; rei externa, est fructus, puta fetus animaliũ, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l. 9.* §. *pen.* Quod tamen haud dubiè sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *d.* §. *pen.* ubi rectè monuit, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex nun una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Class. 3. act. 1. q. 7.* Sich. *in rubr. C. ad exhib. num.* 8.

Tempus exhibendi causa petat] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à judice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cùm poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, *l. 5.* §. *ult. ad exhib.*

Quod si neque statim] Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur *d. l. 9.* §. *pen. & ult. l. 10. & seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio: adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros, quanti res verè est, *l. 3.* §. *2. d. l. 9.* §. *ult. eod. l. 5. de in lit. jur.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo Christin. *vol. 2. decis. 191. num. 3.*

TEXTUS.

Familiæ erciscundæ.

4. *Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quàm duos cohæredes subsequuntur.*

NOTÆ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*] Vel quod cohæres in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus dictum *sup.* §. *3. de obl. quas. ex contr.*

COMMENTARIUS.

Tritum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod à jure non abhorret, si sanè accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet, aut condemnatio in rem alienam fieri, quàm quæ in judicium deducta est, cujus judicatio judici permissa, *l. ut fundus. 18. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert.* Gail. *1. obs. 66.* Schneid. *in* §. *curare. 32 sup. de act. n. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis hæredibus] Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hæreditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur: nam si fundi hæreditarii commodè per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur: sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet hunc invicem] Cùm impar adjudicatio est, is, cujus pars præponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. Mævius. 52.* §. *2. l. si familiæ. 55. fam. ercisc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, consumpseritve, vel quod cohæres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *l. & puto. 16.* §. *pen. l. his consequenter. 18.* §. *3. l. hæredes. 25.* §. *si unus. 15.* §. *item culpa. 18. l. inter cohæredes. 44.* §. *quod ex facto. 5. fam. erc.* Atque hæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus fusius alibi explicatum est, *sup. de obl. quæ quas. ex contr.* §. *3. & sup. de act.* §. *quædam. 20.*

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. *Eadem interveniunt, etsi communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: siquidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.*

No-

Notæ.

3. *Partes ejus singulis*] Si divisio prædii sine cujusquam injuria commodè fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. comm. div.*

Veluti si homo] Hotom. Theoph. *vel si home*, quod magis placet. Ut sit sensus, si res aut non commodè, aut non omnino partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de servo, aut jumento, totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

Commentarius.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem, ita iisdem rebus constat, quibus judicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione, & iisdem præstationibus personalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque judicio observatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & seqq. eod.*

Quod de una re] Cùm de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ, & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* Quod si res partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur de servo aut equo, aut non commodè recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

Textus.

Finium regundorum.

6. *Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sanè uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quàm olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod fortè circa fines aliquid malitiosè commisit; verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumacia quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.*

Notæ.

6. *Furatus est*] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. 4. eod.*

Contumaciæ quoque nomine] *d. l. 4. §. 3.* Con- demnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

Commentarius.

JUdicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quàm judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantùm & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituatur, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *l. 1. eod.* & causæ proprietatis cohærere, *l. 3. C. eod.*

Uno casu necessaria est] Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodire. Si turbati sunt, aut obscurari, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à judice renovandi & evidentius distinguendi sunt, *l. 3. de term. mot. c. ex litteris. 3. x. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.* Mynſ. *6. obſ. 27.* Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines rectè dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cùm hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi Hieron. de Monte *tract. fin. reg. c. 50. & seqq.* Mynſ. *6. obſ. 25.* Vvesemb. *par. hoc tit. n. 7.* Christin. *vol. 2. decis. 183. n. 5. & seqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publicè interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. 2. *Fastor. v. 660.* de Deo Termino:

Omnis erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiosè] Duo hic ait Justinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiosè circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim judices in litem finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod* Hieron. de Monte *d. tract. c. 31. & seq.* Mynſ. *6. obſ. 27.* Christin. *vol. 2. decis. 184. & seq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulp. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei juris, sed magistratus est. De delictis

admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *tit. de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. si dicantur. 4. fin. reg.* Sed è converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere: juxta *l. 5. & l. 3. de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est, sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine à judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse, quanti is sua interesse juraverit: vel etiam, ut quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l. 4. C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieron. de Monte *d. tract. c. 34. & seq.* D. Tulden. *comm. hic. cap. 6.*

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ ὁρίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.*

NOTÆ.

7. *Ejus fit, cui adjudicatum*] Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit. 19. §. 15.* Quod si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l. 17. de usuc.*

COMMENTARIUS.

Quod in tribus istis judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hìc scribit Justinianus, & disertè quoque testatur Ulpianus in *fragment. tit. 19. §. adjudicatione. 15.* Quæ res magni erroris causam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri; quod à veritate abest quàm longissimè; neque aliunde apertius hic error convincitur, quàm ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cùm tam Imperator quàm Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis apud Ulp. *d. tit. 19.* Cùm verò extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo latè Ant. Fab. *dec. 98. err. 7. & seqq.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod, si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem, quia rem suam extra condictionem furtivam nemo condicit. *§. 14. Inst. de action. l. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* Atqui personalem eam actionem esse inter omnes constat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1.

Ratio hujus tractationis.

Absoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parcè dedit, indicatis tantùm fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maximè cùm jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

Neque per actiones ordinantur] Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas & in instituendo] De veteri ordi-

ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. sing.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom. c.* 2. Brisson. 2. *select. Ant. c.* 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. l.* 13. *de pœn.* & in crimen subscriptione, *l.* 3. §. 2. *de accus. l. ult. C. eod.* Cujac. 8. *obs.* 33.

Commentarius.

JUdicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *pr. &* §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longè alia ratio est, & longè alia hæc etiam apud veteres fuit, quàm tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. sing.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. c.* 2. Barn. Brisson. *lib.* 2. *select. antiq. c.* 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem præfecti vel præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8. *de publ. jud. l. in Senatusconsultum.* 15. §. 1. *ad Senatusc. Turp. l.* 1. §. *ult. l. hodie.* 13. *de pœn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulp. *l.* 3. §. 2. *de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii cum obstringit, *l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumn.*

Textus.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

Notæ.

1. *Quod cuivis ex populo*] Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l.* 43. §. 10. *de rit. nupt.* junct. *l.* 8. *l.* 9. *& seqq. de accus.* Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo patet: privata tamen est respectu causæ, *l.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *tit. de pop. act.*

Commentarius.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

C*Uivis ex populo*] D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquè & universè ad omnes pertinent. Sanè si ratio quæritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis è populo permissa, probabile est, id eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maximè ad læsionem & turbationem status publici pertinent, Duar. *l.* 1. *disp.* 37. Charond. 3. *verisimil. c. ult.* add. Cujac. 8. *observ.* 33. Bene Chrysost. *Homil. ad Antioch.* Κοινὸν δὲ τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud significans, quod Ulp. *l. palam.* 42. §. *senatus.* 10. *de rit. nupt.* scribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l.* 8. *l.* 9. *& seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius 1
quilibet è populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclarè vitatum est, uni- 2
verso hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum, & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. *lib.* 5. §. 1. *num.* 6. idem de jure Canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames.* 6. *quæst.* 1.

Textus.

Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aqua & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

Notæ.

2. *Ultimo supplicio*] Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *l.* 21. *de pœn.*

Cum damno pecuniario] Aut in corpus aliquâ coercitione, *d. l.* 2. *hoc tit.* Exempla sunt in §. 4. & §. 8. *inf. eod.*

Commentarius.

C*Apitalia dicimus*] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. licet.* 103. *de verb. sign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantùm vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte

afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia rectè nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ultimum. 21. de pœn.* Sanè interdum etiam nostri id solùm capitale vocant, cujus non alia pœna quàm mors est; sed κατ' ἐξοχὴν. *l. 4. de pœn. l. transigere. 18. C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium. 28. de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. *item lex Julia.* 8. §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla; de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amissionem*] Ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. cap. 20. Libertas & anima nostra in dubio est.*

Memoria rei post mortem damnatur] Rei sc. perduellionis, qui quid hostili animo adversus rempubl. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *l. ult. eod. l. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentiæ inter crimen perduellionis & majestatis in specie.*
2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *L. 1. cum*
1 *3. ll. seqq. ad leg. Jul. majest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reip. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit vir Cl. Ant. Matth. *de læsa majest. cap. 2. num. 3. lib. de crimin.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum prætorem pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7.* cognoscitur. Perduellio verò primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis; post autem à Pop. Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio mulctabatur, *l. eorum. 24. de pœn.* perduellionis verò damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *ead. orat.* Cic. & ex Dione *lib. 37.* cognoscitur. Quartam differentiam Ulp. ostendit *l. ult. ad leg. Jul. majest.* ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita strictè observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscumque modis aliquid moliuntur, promiscuè rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. Mynf *hic. num. 5. & 6.*

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult C. eod. l. antepen. de accus.* cùm regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, *l. 5. C. eod.* & conscii, qua auctores ipsi, *l. 3. C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sane legi divinæ & vere justitiæ hoc repugnat, per *c. 14. lib. 2. Reg. & c. 25. lib. 2. Chronic.* nec omnino temere est, quod D. Budæus in *annotat. in tit. ff. ad leg. Jul. majest.* existimat, auctores *d. l. 5.* Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *l. sancimus. 22. C. de pœn.* add. Pet. Fab. 3. *semestr.* 8. Covar. 2. *resolut.* 8. & Not ad D. Anton. Matth. *de criminib. ad tit. D. ad leg. Jul. majest. cap. 3 n. 10.* VINN. Immo ad d. legem intelligendam præ ceteris facit singularis Jac. Gothofredi commentatio, cui jungendus lucubratus, collegæ olim conjunctissimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentatius *de Crimine majestatis*, ubi & de usu dirissimæ legis multa haut proletaria occurrunt. HEIN.

TEX-

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eamdem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 Inter stuprum & adulterium quid intersit?

Adulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantùm committitur, *l. 6. §. 1. l. stuprum. 34. §. 1. h. t. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum. 101. de verb. sign.* & hoc textu adulteri [illegible] dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Lev. 20 vers. 10. Deut. 22, 22. Gen. 23.* Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo. 34. quæst. 4. can. non mæchaberis. 15. can. præcepit 19. cum seqq. quæst. 5.* & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. *Matth 19. vers. 9. Marc. 10. Lucæ 16. 18.*

Gladio punit] Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *l. quamvis. 30. C. h. t.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib. 1. 2. & 3 annal.* & non obscurè probat *l. 5. de quæst.* Certè capitalem non fuisse, arguunt *l. 16. de divort. l. 11. h. t. l. 14. de testib. l. 13. de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov. 134. cap 10.* Divus Augustin. *lib. 3. de civ. Dei.* disertè scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte mulctasse. Ut dubitandum non sit, quin *l. transigere. 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc titul.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plenè caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quàm adultera morte puniuntur, *Levit 20, 10. Deut 22, 22* Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, disces ex *Ordinat. Polit. art. 15. & seqq.* add. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem] *l. cum vir. 31. C. h. t.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concrematio est. Damhoud. *prax. crim. c. 96.* Clar. *§. sodomia. n. 4.* Gudelin. *de jur. nov. lib. 5. c. 18.*

Stupri flagitium] Lege Julia non modo de 1 adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l. 6. §. 1. h. t.* ubi Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscuè appellare: sed propriè adulterium in nuptam committi; stuprum verò in viduam virginemve, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque fere Modestinus in *l. inter stuprum. 101. de verb. sign.* Idem Modestinus in *l. stuprum. 34 §. 1. h. t.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l. 6. §. 1.* & Modestinus *d. l. inter stuprum. 101.* ajunt, legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

Honeste viventem] Σεμνῶς. Nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία, sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l. 22. C. h. t.* Pro stupro quoque non habebatur, consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, *l. stuprum. 34. pr. hoc tit. fac. l. 3. pr. de concub.*

Stupratoribus, si honesti sunt] Stupri damnatus, si honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: si turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *l 7. C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret, *Deut. 22, 29.*

TEXTUS.

De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne*

signi-

significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon: nam ita scribit; καὶ τὰ βέλει ὁμοῦ ἐφέρετο λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quàm susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.

NOTÆ.

5. Vltore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex divina. *Exod. 21, 12. Lev. 24, 17.* Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam postea humiliores capite puniti, *l. 3. §. pen. l. pen. hoc tit.*

Admonet nos Xenophon] Ita rectè legitur, ut & in *d. l. 233. §. 2. de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Theoph. *τοῦτο δὲ μάρτυρ Ξενοφῶν ὅτω γέγραφε*. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib. 5. ἀναβάσ.* Haloander in *Xerolopho*. *Ξηρόλοφος* locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gell. *lib. 4. de topograph. Constantinop. cap. 1.*

A sica] Romani, teste Suida, *τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios* sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quint. *lib. 10. cap. 1.*

Susurris magicis] Incantationibus, *γοητείαις*. *Nov. 115. c. 4.* quo referenda illa legis duodecim, *Qui malùm carmen incantassit. Qui fruges excantassit*, &c. Vid. Plin. *lib. 28. c. 2.* Augustin. 8. *de civ. Dei. 19.*

COMMENTARIUS.

JUstinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l. 3. §. pen. in fin. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de sicar.* Paul. *5. sent. 23.*

Vltore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina. *Exod. 21, 12. Lev. 24, 17.*

Qui hominis occidendi causa] Lege Cornelia de sicariis non tantùm homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causâ cum telo fuerint, tenentur, *l. 1. pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tamdem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib. 5. §. ult. q. 92.* Ant. Matth. *de crim. c. 3. num. 10. & seq. D. h. t.* Sand *lib. 5. tit. 9. defin. 11.*

Telum autem] Hic locus descriptus est ex Cajo *l. si calvitur. 233. §. 2. de verb. sign.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maximè intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferreum] Romani teste Suida, *τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη*, incurvos gladios, sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho *lib. 1. Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *lib. 10. c. 1.*

Venefici] Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quàm occidere gladio, *l. 1. C. de malef.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. tabularum: *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexeris.* Item illud Virgilii, *Eccl. 8. v. 99.*

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstititio mortalium vi magici carminis effici posse credidit: vid. *l. 4. & l. 7. C. de malefic.* Plin. *lib 28. c. 2.* Augustin. *lib. 8. de civ. Dei c. 19.* Sed verissimè Seneca *lib. 4. nat. quæst. 7. Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli: quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sanè sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vandois d'Arras*, editum 20. *die Maji* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc

hunc vulgarem masculè in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Christianus Thomasius in variis scriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequenter rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur. Hein.

Textus.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.*

Notæ.

6. *Asperrimum crimen*] Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clem.* 23.

Neque gladio] Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l.* 1. *l.* 6. *eod.*

Insutus culleo, &c.] *d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis sanguineis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna culleí Cic. *in ea pro Sexto Roscio*. Sen. 1. *de clem.* 15. Juven. *satyr.* 8. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sent.* 24

Commentarius.

Hic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut pœna cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, *l.* 9. *pr. h. t. de leg. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantùm, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l.* 1. *d. l. pen.* §. 1. *h. t.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l.* 6. *eod.* & *hoc text.*

De parricidiis] Parricida propriè dicitur, teste Charisio *lib.* 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis *ἀνδροφονίᾳ* Romani usurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de legibus. cap.* 9. *Sacrum, sacrove commendatum qui clepserit rapsitve, parricida esto*, id est, *capital esto*. Sed fortassis hìc consuetudo scribendi R geminavit, cùm unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores. Parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*: in quam rem citat legem Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto.*

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. t.* & *l. un. C. Theod. eod.* Nam qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen. eod.* & *hoc text. in fin.*

Sed insutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Rosc. cap.* 11. de culleo solo loquitur, sed Sen. *lib.* 1. *de clem. c.* 5. etiam serpentis meminit Juvenalis serpentis item & simiæ, *satyr.* 8. Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. pr. h. t.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *lib* 5. *sent.* 25. ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desiit. Ant. Matth. *ad hunc tit. c.* 2. *n. ult.* Groenevv. *de ll. abr. hic.* Sande *lib.* 5. *tit.* 19. *defin.* 3. Gudel. *de jur. nov. lib.* 5. *c.* 17. ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cic. in *d. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophil. hìc. Leucipp. 3. *Ἵνα μὴ αὐτοῦ ψυχὴν μόνη ἀπολάσῃ, ἀλλὰ ἀγωνιῶν τεθνῇ.* Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 99. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulcrum negat.* Et Ovid. *lib.* 8. *Metamorph v.* 97.

Dii te summoveant, o nostri infamia secli,
Orbe suo, tellusque tibi pontusque negetur.

Tex-

TEXTUS.

De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos verò deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejusque legis pœna*] Ex Marciano *l. 1. §. ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

T*Estamentaria vocatur*] *l. 30. h. t. ad l. Corn. de fals.* Paul. 5. *sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, cætera complures,* &c.

Vel aliud instrumentum] Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantùm de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripserit, signaverit, &c.] Apud Paulum *d. loc.* additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim hoc tit.*

In servos ultimum supplicium] Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cùm aliter falsitas committitur, quàm uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur, *l. 22. C. de fals.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernet. Gudel. *d. lib. 5. cap. 20.* Damhoud. *prax. crim. cap. 119. & seqq.* Zypæ. *not. jur. Belg. de fals.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si verò sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex quo hoc apertius possibile est scire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem bonorum*] *l. 1. l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Ascetriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. C. de rapt. virg.*

Capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, *d. l. un. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quàm vi uti. Liban. *decl. 2.* Plutarch. in *Solon.*

COMMENTARIUS.

V*Im armatam, vel sine armis*] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia] De vi publica damnati deportantur. Ulp. *l. 10. §. ult. ad leg. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici. sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, *l. un. §. pœnas autem. 2.* ibi, *sive volentibus, sive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. scienti. 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo. 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cùm dolosa persuasio non minus malum sit, quàm violenta coactio: per *l. 3. §. si quis volentem. 5. de lib. hom. exhib. lib. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severius punivit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quàm qui vi usus esset, teste Plut. add. Liban. *declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. Damhoud. *prax. crim. c. 200. num. 8.* Perez. *C. ad leg. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur, Zypæ. *not. jur. Belg. de adult. vers. stupro.* Damhoud. *d. prax. c. 92.*

dec. Cur. Holl. 47. Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiæ. Sande *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 11.

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii verò qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *l.* 1. *l.* 4. *h. tit. ad l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in specie *peculatus*, & rei sacræ, quod *sacrilegium* propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l.* 9. §. 2. *eod.* Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est: nam æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. unic. in fin. C. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis] Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *l.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.* Clar. §. *sacrilegium.* Anton. Matth. *de crim. cap.* 2. & 3. *de leg. Jul. pecul.* Damhoud. *prax. crim. cap.* 111.

TEXTUS.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

NOTÆ.

10. *De plagiariis*] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit, *ἀνδραποδιστής*, Lys. *orat.* 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur, *l.* 3. 5. 6. *hoc tit. l.* 2. 5. 6. *C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.* 1. 2. 4. *D. eod.*

Interdum capitis pœnam] Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l.* 7. *l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod.* 21, 16. *Deut.* 24, 7.

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud est, quàm liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *l.* 3. *l.* 5. & 6. *hoc tit. de leg. Fab. l.* 2. *l.* 5. *l.* 9. & 14. *C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.* 1. 2. & 4. *eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. & *l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. *Deut. c.* 24. 7. *Exod.* 21. 16. quod transcriptum in decretalibus Gregorii, *cap.* 1. *de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum: alias fere virgis & relegatione, Clar. §. *fin. quæst.* 68. *num.* 31. Perez. *in C. ad leg. Fab. de plag. n.* 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

NOTÆ.

11. *Repetundarum*] Vid. *l.* 3. & 4. *de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l.* 7. §. 2. *eod. l.* 1. *l. ult. C. eod.*

De annona] Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l.* 2. *de leg. Jul. de annon.* add. *l.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve supprimebant. Lys. *orat.* 21.

De residuis] Hac lege damnatus amplius tertia parte quàm debet, punitur, *l.* 2. *l.* 4. §. 5. & 2. *seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *l.* 2. *eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l.* 4. §. 3.

12. *Et*

12. *Et quasi per indicem*] Id est, leviter, summatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr. 3. Antequam causam agerent, quasi per indicem res exponebant*, &c.

COMMENTARIUS.

DE *ambitu*] Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est: sed frequens ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo Groenevv. *de ll. abrog. D. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. c. 8. can. quidam. 24. q. 3.* Est enim Simonia, cùm aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia*. VINN. Pœna C. aureorum tantùm ad municipia, & eos accusatores & reos qui domum judicis ingrediuntur. *l. un. §. 1. §. 4. ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paull. *Recept. Sent. 5. 30. l. un. C. h. t.* HEIN.

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l. 3. l. 4. de leg. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

De annona] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona*. Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios. 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De residuis] Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis propriè est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quàm debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere, arbitraria est, Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pœn.* Hæc παρέργως & tralatitiè, ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX

INDEX I.

RERUM ET VERBORUM

IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM:

Ubi numerus paginam, littera verò a *priorem consignat, &* b *posteriorem columnam.*

A

Acceptilationis definitio à Modestino tradita. 803. a. alia plenior & planior. 803. b.

Acceptilatio an species sit stipulationis. 803. b.

Acceptilationis & solutionis communia & propria. 804. a. In forma acceptilationis, quæ consideranda. *ibid.* Materia seu objectum. *ibid.* b.

Accessionum genera. 185. b.

Accessionis vice, quid, cui, & quando cedat. 186. a

Accessionis & specificationis differentia. *ibid.* Domino partis, quæ cessit, quomodo consulatur. 186. b

Accrescendi jus quid sit. 292. a. 487. b. In hæreditatibus id jus valere ex necessitate. 487. b. Deficientium hæredum portiones quibus accrescant, & pro qua parte. *ibid.* b. Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. 488. a Vetus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. *ibid.* a.

Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. 489. a. Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat. *ibid* a. An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncta accrescat. 491. a.

Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 491. b. an in contractibus. 710. a.

Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit. 855. a. Ex quo jure actiones proficiscantur. *ibid.*

Actionis nomen quàm latè pateat. 855. b. Quot modis usurpetur à nostris. 856. a.

Actio in rem cum dominio ambulat, eaque tenetur novissimè possidens. 864. b.

Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio. 865. a.

Actio rescissoria quibus ex causis à prætore detur: ejusque introducendæ occasio. 879. a.

Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quàm rei uxoriæ. 913. a. Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta. *ibid.* b.

Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. 866. a. Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem. 866. b.

Petitio hujus actionis propria. 868. b.

An possessor contra vindicare teneatur. *ibid.* a.

Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contractu. 951. b.

Actio de peculio & actio de in rem verso an duæ diversæ actiones. 933. b.

Actio in personam quid, cui, adversus quem detur. 866. a. quid petat: ubi & de formularum diversitate. 868. b.

Actio præscriptis verbis unde dicta. 759. a.

Actio ex jurejurando qualis. 890. b. In personam esse, quacumque ex causa juratum sit. *ibid.* Quod genus jurisjurandi eo pertineat. 891. a. Quam ob causam actio ex jurejurando à prætore introducta: cui, adversus quem, quo effectu detur. *ibid.*

Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur. 895. b.

Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hæc ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid.*

Actio Pauliana in personam est. 881. a. Cui, quando detur. 882. a. Quæ concurrere debeant, ut huic actioni sit locus. 882 a. Intentio creditorum in actione Pauliana. 883. a. quamdiu, ex quo tempore competat. *ibid.*

Actio directa quot modis dicatur. 839. b.

Actio utilis quid, & qua ratione, quando, à quibus introducatur. *ibid.* Directa actio tam ex sententia legis, quàm quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex sententia: in factum cui nec oratio, nec sententia convenit. *ibid.* Appellatione actionis in factum, interdum & utilem significari. 840. a.

Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide. 191. b.

An exceptione tigni possit evitari dupli præstatio. 192. a. Apud nos huic actioni non est locus. 192. b.

Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. 859. a. Non potest institui, nisi certus sit possessor. 969. b.

Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ pœnales. 900 b. Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem. 90.. a Ex contractu una mixta. *ibid.* Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non sint. 902. b. An ulla actio plus quàm quadruplum persequatur. 904. b.

Ho-

Hodie actiones omnes esse rei persecutorias. 907. b.
Actiones rei persecutoriæ omnes & hæredibus & in hæredes dantur. 950. b.
Actio quibus casibus ex contractu non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit. 952. a.
Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie. *ibid.* b.
Actiones populares. 859. b.
Actiones confessoria & negatoria non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandæ. 870. a. An hæ actiones pro alio jure, quàm pro servitutibus, etiam dentur. 869. b.
Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. 872. b. Cur prodita in rebus incorporalibus. *ibid.* Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur. 873. b.
Actiones prætoriæ quæ. 874. b. Prudentum non fuit actionem dare. 875. b.
Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant. 863. a. An actiones in rem scriptæ. 864. a.
Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quàm quod abest. 951. b. Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus. *ibid.*
Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ. 908. b.
Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ. 909. b. Harum actionum insignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant. *ibid.*
Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ à Justiniano recensentur. 911. a.
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. an. 1529. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem quando alius, quàm debitor, pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos. 884. b.
Actionis de peculio introducendæ causa. 888. b esse in personam. 889. a. ex delictis non dari. *ibid.* b.
Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid.* Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant. *ibid.*
Actionis de pecunia constituta introducendæ causa. 887. b. Qui quibus ex causis hac actione teneantur. 888. a.
Actionis hypothecariæ introducendæ causa. 884. a. Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur. *ibid.*
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. 859. b.
Actionum divisio in rem & in personam unde sumpta. 860. b.
Actus quid sit. 232. a.
Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest. *ibid.* & vehiculum agere. *ibid.* & ire sine jumento. *ibid.*
Ademptio legatorum quot modis fiat. 532. a. quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, necne. 497. b. Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. 498. a.
Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rerum eum gnatum esse oporteat. 470. b. Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur. 470. a.
Aditam post hæreditatem derelinqui non posse. 467. a.
Actionem & pro hærede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hæreditatis, nec esse plura. 469. a.
Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant. 128. a.
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. 372. b. emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant. *ibid.* b.
Adoptio quid, apud quos olim ejus usus. 78. a.
Adoptionis usus hodie sublatus, etiam in Gallia. 79. a.
Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fiat. 80. b. quid circa eam novi constituerit Justinianus. 81. b.
Adoptio, naturæ imago, & quid inde. 84. a.
Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor duci potest. 64. a.
Adoptivorum successio exsoleta. 586. b.
Adrogatio quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fieri soleat. 80. b. In adrogatione impuberum quæ excutienda. 82. b.
Adrogationis effectus. 86. b.
Adrogator quid, cui caveat. 82. b.
Adrogatori non tantùm proprietas, sed etiam possessio acquiritur. 646. a.
Adscriptitii qua conditione sint. 32. b.
Adscriptitiæ conditionis qui hodie. 33. a.
Adsectari cur injuriosum. 843. b.
Adsignare libertum quid sit. 633. b.
Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censeri in materia servitutum. 234. a.
Ædiles Curules: nomen, & procuratio. 25. b.
Æquitas quid & quotuplex. 29. a.
Ærarium quid, & quid fiscus. 279. b.
Æstimationis auctæ commodum, & diminutæ incommodum, ad creditorem pertinet. 664. a. cujus temporis in æstimatione ineunda hic ratio habeatur. *ibid.*
Ætas annor. 25. cur finem afferat curationi. 127. a.
Ætas legitima in matrimonio. 60. b.
Affines, qui, & an etiam gradus affinitatis. 68. b.
Affinitatis genera. *ibid.*
Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit. 70. a.
Affinitas propriè sponsalibus non contrahitur. 72. a. nascitur etiam ex illegitima conjunctione. *ibid.* b.
Agnatorum nomen quot modis usurpetur. 592. a.
Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quàm cognatorum. 613. a. hoc discrimen sublatum. *ibid.*

Agna-

Agnatorum successio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur: & quid hic usus servet. *ibid* b.
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid intersit. 105. a.
Album prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit. 892. a.
Alienandi verbum quàm latè pateat ex sententia legis Juliæ. 295. b.
Alluvio quid. 176. a. quibus in agris locum habet. *ibid.* quid hic juris apud Batavos. *ibid.* b.
Alveus desertus primi occupantis fit, si vicini agri limitati. 181. a.
Alvei exsiccati pars quando apud nos privatorum fiat. *ibid.*
Alveus an aliquando priori domino restituatur flumine recedente. 181. b.
Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde. 180. b.
Ancilla si cum natis legata sit, duo intelligi legata separata & æquè principalia. 504. b. Item si servus cum vicariis suis. 505. a. Secus si servus cum peculio, aut penu cum vasis. *ibid.* aut fundus cum instrumento. *ibid.*
Apes omnes natura feræ. 171. a.
Aqua profluens non idem, quod flumen. 159. b.
Aquæ ductus, quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat. 233. a.
Aquæ & ignis interdictionis origo & causa. 106. b. In locum hujus pœnæ successit deportatio. 109. a.
Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituant. 916. b. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria. *ibid.* Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis. 917. a. in ea quod certo loco, una sententia rem transigi. *ibid.* b. in illis duplicem intervenire sententiam, & mores hodierni. *ibid.* a.
Arbitrariarum & bonæ fidei discrimen. 919. a.
Arbitratores, quos vocant, judices non esse. 862. b.
Arbitri & judicis nomina quàm diversimodè accipiantur. 861. b.
Arboris transplantatæ proprietas post coalitionem ita immutatur, ut ne cruta quidem ad priorem dominum revertatur. 196. b. priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ. *ibid.*
Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. 507. a.
Arrha datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque. 744. a.
Assis ejusque partium usus quàm frequens, & quibus in rebus fuerit. 384. b.
Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. 53. a.
Attentatio pudicitiæ cur injuriosa. 843. b.
Auctoritatis verbum quàm variè usurpetur, & quid eo in Duodecim significetur. 266. b.
Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare. 857. a.

B

BAnniti quo numero habendi. 89. a.
Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi. 617. b.
Beneficium competentiæ quibus quas ob causas datur. 926. b Quale sit hoc beneficium, personæ an rei cohærens. 928. b.
Beneficium ordinis, *vide* Ordinis.
Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. 729. b. Conditiones, sub quibus conceditur. 730. b.
Bonorum possessio contra tabulas etiam suis hæredibus proposita. 583. b. Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilius quem admitti quàm ab intestato. *ibid.*
Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicatur esse ex testamento. 638. b. Cur ea primo loco edicti proposita. *ibid.*
Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deferatur. 581. a. Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt. 582. a.
Bonorum possessio edictalis & decretalis. 642. b.
Bonorum possessio unde vir & uxor sola hodie necessaria. 641. a. Apud nos locum non habet, ut nec ullæ aliæ. 640. b.
Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. 636. a.
Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi. 637. a.
Bonorum possessores an hæredes efficiantur, qui jure civili succedere possint, si malint honorario. 637. a.
Bonorum possessio quid. 635. b. Ex bonis quæ dicantur. 831. b.

C

CAnones observandi circa materiam stipulationum. 702. a.
Capacitas hæredis instituti quibus temporibus inspicienda. 463. a. Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in considerandа capacitate constitui terminum disjunctum à tempore mortis. *ibid.* b.
Captatoria institutio quæ veteribus dicta. 392. b.
Casus fortuitus quid. 668. b. in nullo contractu præstatur. *ibid.* Periculi appellatione non semper casus venit. *ibid.* Inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent. *ibid.* Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesset. *ibid.* b.
Casus fortuiti exclusio non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ. 766. b.
Causa legandi, etsi falsa sit, legato non nocet, nisi in futurum collata; & quare. 525. a. Insigne hujus temperamentum. *ibid.* b.
Causarum duarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus est species liberatio-

 nis.

nis. Et quo ea pertineat. 485.a.
Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat. 983. b.
Cautio fructuaria à testatore remitti non potest, ab hærede potest. Et quid si fructuarius propter inopiam fidejussores invenire non possit, 246. b.
Cautio quasi fructuaria an sit de substantia usus fructus. 251. a. partes hujus cautionis. *ibid.* a.
Cautiones & confessiones debiti inutiles. 735. a. Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant. *ibid.* b.
Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ibid.* A quo tempore biennium currat. 738. a.
Cenotaphium an religiosum. 164. b.
Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde sit. 339. b.
Civilis disciplina, *vide* Justitia.
Civium apud nos distinctio. 37. b.
Codicilli quid & unde dicti 562. b. Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit, nisi adjecta sit clausula codicillaris. 564. b.
Codicilli quicumque & quocumque tempore à testatore facti, jus testamenti sequuntur. 565. a. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: quæ hodie sublata. *ibid.* Quatenus ex his quæ testamento cauta, codicillis mutare quid liceat. *ibid.* b. Codicilli ante testamentum facti, non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat testatorem à priore illa voluntate recessisse. *ibid.*
Codicillis hæreditas dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmatis. 566. b. Neque conditio hæredi instituto adjici, neque detrahi, 567. a. Per fideicommissum hæreditatem codicillis rectè dari & adimi. 566 b.
Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. 361. b.
Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. 567. b.
Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinationis: *ibid.* An mulier in codicillis rectè testis adhibeatur. *ibid.*
Cognatio servitute amissa manumiss. non recipietur. 111. a.
Cognationis genera. 63. a.
Cognitiones prætoriæ & extraordinariæ. 858. a.
Colonus, *vide* Fructuarius.
Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita. 319. b.
Commixtio quid propriè, ejus effectus. 189. b. Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid.*
Commodare quid sit, & quid commodatum differat à precario. 667. b.
Commodatum propriè nullum, nisi gratuitum. 672. b.
Commodatũ & mutuum in quo differant. 618. b.
Communi dividundo inter quos, qua de re agatur. 904 a.
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat. 7?2. b. In judicio communi dividundo quæ culpa veniat. *ibid.*
Compensatio quid sit. ?.5. a. & 9?7. b. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio & quid causa liquida. 914. a.
Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas, &c. 915. a. Rerum tantùm consumptibilium esse compensationem. *ibid.*
Condicere quid sit veteribus, & cur inde actio in personam dicta condictio. 889 a. Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie. 900. a.
Condictio certi una ne sit & generalis, an duplex. 665. b.
Condictio furtiva non tantùm in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta. 897. b. difficile expeditu, quomodo furti res condici possit. *ibid.* a.
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in solidum dantur. 950. b.
Conditio & modus qua in re conveniant & discrepent. 525. b.
Conditio impossibilis non vitiat voluntates. 395. a. Conventiones contra. *ibid.* Impossibili conditioni similis est turpis. *ibid.* Circa hæc mores nostri. *ibid.*
Conditio hæc, Si hæres non erit, continet & casum impotentiæ & noluntatis. 399. a. diversimodè accipitur pro conditione instituti. *ibid.*
Conditio quid sit & quotuplex, tunc quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant. 685. b. Etiam promissiones, quibus tacitè conditio inest, pro conditionalibus esse. *ibid.* In condictionibus arbitrariis quid juris. 686. a.
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde. 686. b. Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia. 687. a An idem & conditionibus arbitrariis. *ibid.* b.
Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare. 688. b.
Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præstat. 765. b.
Confusio & commixtio quomodo differant, cùm signatè loquimur. 187. b.
Confusionis effectum, & quarum rerum quomodo confusio facta communionem pariat. *ibid.* in confusione fortuita quid juris. 188. b. quid si unus è dominis confuderit altero ignorante. *ib.*
Conjuncti & disjuncti singuli rectè & totum habere dicuntur & partem diversa consideratione. 489. b. Partem ab initio facere quid sit. 490. a. An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut incapax. *ibid.* b.
Conjunctorum genera exposita. 488. b. disjuncti qui passim dicuntur, eos & ipsos verè conjunctos esse. *ibid.*

Con-

Consanguinei qui nostris; & unde sic appellentur. 592. b
Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta. 594. b.
Consanguinitatis prærogativa sublata. 592. b.
Consensus quibus modis declaretur. 739. b.
Obligatio ex consensu pinguior, quàm verborum. 740. a.
Consensus in matrimonio liber esse debet. 61. a.
Consensus parentum, & quorum, quibus liberis necessarius. *ibid.* Præcedere debet, nec ratihabitioni hìc locus. 62. a. Eo non interveniente nuptiæ irritæ: & quid jure divino. *ibid.* quid in his regionibus. *ibid.*
Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo. 732. b. & 888. a.
Constitutionum genera. 23. a.
Constitutiones personales quotuplices, & quæ singularum vis. *ibid.* b.
Consuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. 27. b. an hìc opus scientia superioris. *ibid.*
Contractus quid & quotuplex. 658. b.
Contractus μονόπλευροι, δίπλευροι, & medii generis. 668. a.
Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant. 326. a.
Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, & quotuplex. 658. b.
Convitium quid. 842. An veritas convitii excuset. *ibid.* An præfatio honoris. *ibid.* b.
Correus, qui totum solvit, an eo nomine adversus alios actionem habeat. 674. b.
Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt. *ibid.* b.
Cretio nihil aliud olim fuit, quàm solemnis aditio hæreditatis. 469. b.
Crimen pro criminatione. 148. a.
Culpa quid, & quotuplex, plenius quàm vulgo. 669. b.
Culpa levissima. 670. b. Lata culpa in omnibus contractibus præstatur, & dolo comparatur. *ibid.* Qui contractus dolum tantùm recipiant, qui item culpam & diligentiam. 671. a.
Culpæ genera obiter distincta. 151. b.
De curatoribus. 125. a.

D

DAmnum injuria datum. 832. a. Actione legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur, aut non teneantur. 833. b. Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis. 837. b.
Dedititii quo jure fuerint. 43. a.
Defensio sui adversus vim illatam à natura est. 14. a.
Delegatio, quid & quomodo fiat. 807. a. Ad delegationem non pertinet *l. ult. C. de novat. ibid.*
Deliberandi jus quorum causa & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hìc de suo contulerit Justinianus. 466. b. etiam suos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. 467. a.
Delictum quid, & quotuplex. 811. a. an species συναλλάγματος. 658. a.
Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obstet legato. 522. b.
Deportationis & relegationis differentia. 88. b.
Depositum quid sit, & an etiam consistat in re immobili. 673. a.
Depositarius ad quid teneatur. *ibid.* b.
Dies utiles, & continui. 644. a.
Dies incertus quando conditionem faciat in contractibus, & quid hìc intersit inter legata & stipulationem. 681. a. Quid si dies apponatur finiendæ obligationis causa. *ibid.* b. Effectus obligationis in diem. *ibid.* Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 683. a. Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. 648. b.
Dies certus institutioni appositus pro supervacuo habetur. 393. a. Quid hìc nostris & Gallorum moribus. *ibid.* b.
Dies omnis incertus conditionem in testamento facit. *ibid.*
Dies cœptus pro completo quando habeatur: & contra. 126. b. & *seq.* a.
Directæ actiones an salvæ maneant adversus adrogatum. 646. a.
Dispositioni § *ult Inst. de fideic. hæred.* quando locus. 557. b. Glossema in fine text. *d.* §. observatum. 558. a.
Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurium tutorum actionem dividi. 133. b.
Dolus quid. 668. b. præstatur in omnibus contractibus. *ibid.*
Dominium, quid, & quàm largè ea vox sumatur. 167. a. Dominii jure gentium acquirendi modi. *ibid.* b.
Dominorum vetus discrimen, ejusque sublatio. 217. a.
Donaria. 163. a.
Donatio inter vivos absoluta est, juris gentium. 280. a. Sitne donatio modus acquirendi, an titulus. 281. a.
Donatio propria quid sit, & quid impropria. *ibid.* b Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa. 282. b Convenientia mortis causa donationis cum legatis. 283. b. discrepantia. *ibid.*
Donatio inter vivos quomodo perficiatur. 285. b. An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur. 286. a. An simplex factum donationis pariat actionem in rem. *ibid.* quæ donationes insinuationem non desiderant. 287. a. Revocandi donationem qui, quibus ex causis jus habeant: & an inter causas etiam liberorum supervenientia. 288. a.
Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognitæ 289. b. Quid circa has constitutum. 290 a. In Belgio propriè donationum propter nuptias usum non esse. 291. b

Dotalis rei maritus verus justusque dominus est. 294. a. Potest res mobiles, omnesque res æstimato in dotem datas, alienare. 293. a. Cur dotalis prædii oppigneratio arctius prohibita, quàm alienatio. 296. b. Quantum hic mores nostri dissideant à jure scripto. *ibid.* b.
Dotis repetitio olim cui, & qua ratione, & quid jam. 913. a. Dupondio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat, ubi Hotomanni error notabilis. 389. a. De dotis æqualitate constitutio Justiniani repudiata. 291. b.

E

EDictum perpetuum quid, & quid temporale. 892. a.
Edictum successorium. 577. a.
Emancipandi ratio vetus. 92. b.
Emancipare, idem quod mancipare. 321. b. Cur in omni mancipatione quinque testes adhibiti, quæstio curiosa. 323. a.
Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui desierint. 109 b.
Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant; secus si post mortem ejus:& quid hîc respectu patris adoptivi.582.a.
Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. *ibid.*
Emancipati sub colore quodam suitatis ad bonorum possessionem à prætore vocantur. 371. a. Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerint, quàm filiæ non emancipatæ jure civili. *ibid.*
Emendare actionem, quid sit, & quid, mutare. 924. b.Quamdiu emendare aut mutare actionē liceat. 925. a. Praxis horum temporum. *ibid.*
Emphyteuticus contractus. 761.b.Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo quod actum est. 762. à. Solo consensu jus emphyteuticum non transferri. *ibid.* b. Præstatio canonis, hujus contractus pars essentialis: quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit: & alia in foro agitata. *ibid* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere aut aliter alienare possit:& quid hîc apud Batavos.763.a. Cōtractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit. *ibid.*
Emphyteuticus contractus, & censualis, quomodo differat. 763. b. An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria. 763. a. An emphyteutæ in casu insolitæ sterilitatis remissio canonis præstanda. 764. a.
Emptio. 740. a. Quando emptio perfecta intelligatur. 741. b. & 751. b.
Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licet arrhæ intervenerint. 745. b. Quando res in hoc contractu desinat esse integra. 744. a. Quando inter contrahentes actum intelligatur,ut contractus in scriptis fiat.*ibid.*b. Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur. 745. a.
Emptio, & permutatio, ac pretium. 749. b.
Emptionis substantia ex pretio consistit: & quid inde. 746. b. Quid si pretium alieno arbitrio permissum. *ibid* Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis. *ibid.*
Error consensui quando obstet, aut non obstet. 724. b. Quid si non ipso corpore, sed in materia erratum. 725. a.
Error matrimonium vitians, aut non vitians. 6·. a.
Exceptio quid: & unde dicta. 953. b. Exceptio in factum qualis; & unde. 955. a. Exceptiones perpetuæ & temporales. 958. a. Exceptio excussionis an dilatoria. 959. a. Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. *ibid.* b. Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis. 958. a. Exceptio divisionis. 7.0. b. & ordinis. 731. a.
Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse. 736. b. Usus circa hanc exceptionem hodiernus. 738. b.
Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis. 964. b.
Exceptio procuratoria quotuplex. 960. a. solutionis. 800. a.
Exceptionis in strictis judiciis quæ contestandæ. 960. b.
Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. 961. a.
Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. 964. a.
Exceptioni cedendarum actionum quando locus. 731. a.
Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti. 960. a.
Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. 960. b.
Exceptionum dilatoriarum usus. 961. b. Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ. *ibid.* Mores hodierni circa usum exceptionum. 962. a.
Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda. 146. a.
Exercitoria actio & institoria cui,adversus quem, qua de re detur. 931. a. Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: quod tamen apud nos non receptum. *ibid.* Cum magistro & institore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere. *ibid.*
Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. *ibid.* b. In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis. *ibid.*
Exhæredare propriè quid sit. 363. a.
Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. 373. b. novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem. 375. a. & ejura autem suorum & emancipatorum minimè confusa. 374. b.

Exhæ-

Exhæredatio an extinguat jus suitatis. 418. b.
Exhæredationem rectè fieri etiam ob causas non expressas. Nov. cxv. modo æquè graves, aut graviores. 440. b. An, si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum. 441. a.
Exhæredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. 441. a. ubi contraria repelluntur, addito jure patrio. ibid.
Expromissor quid à fidejussore differat. 219. a.
Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur. 461. b.
Extraneus manumissor quis dicatur. 639. a.

F

Facere posse, quid sit, & quid illud reo tribuat. 928. a. Quibus rebus deductis id æstimetur. ibid. b.
Faciendi obligatio cur incerta. 689. b. Quid, quando ex ea peti possit. 690. a.
Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicujus præstatione consistunt. ibid.
Factum alienum qui promittit, cur nec se, nec alium obliget. 706. a.
Falcidiæ legis ferendæ occasio. 534 b.
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. 430. b.
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel statim, vel sensim, producta. 536. a. Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus deductis habeatur. 537. b. Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari. 538. b. Quæ in bonis defuncti numerentur, cùm de Falcidia quæstio est. 540. a. An hæres quod sibi à defuncto debetur, deducat. ibid. Quibus casibus Falcidia cesset. ibid. b.
Familiæ ercifcundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. 903. b.
Familiæ emptor fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, hæres admissus. 336. a.
Famosa judicia civilia ex delicto aliquo conditione concurrenre. 979. b. Ex contractu judicia famosa. 980. a. Cur non omnia judicia bonæ fid. famosa. ibid. b.
Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta, neque conditiones. ibid.
Famosi libelli quàm varia pœna. 842. b. Si inventor auctorem indicaverit. 643. a. Pœnæ *l. un. C. de famos. libell.* quando locus. ibid.
Fera non vulnerantis, sed occupantis fit. 169. b.
Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum. 168. b. Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. 169. a.
Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. 431. a.
Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti. 542. a. De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum; & quorum ea jurisdictio. 544. a.
Fideicommissaria hæreditatis petitio an rectè numeretur inter actiones prætorias. 949. b.
Fideicommissum etiam ex certo die rectè dari. 545. a. rectè relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. 556. a. An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur. ibid.
Fideicommissum hæreditatis quis, cui, à quo rectè relinquar. 545. a.
Fideicommissorum natura laxior quàm legatorum, & quibus in rebus. 478. a.
Fidejussor idem, qui & adpromissor. 726. b.
Fidejussoris obligatio est accessio principalis. ib.
Fidejussor pro omni obligatione rectè intervenit, excepta causa dotis. 727 b. etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. ib. Quatenus in criminalibus recipiatur. 728. a. Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. ibid. Quid si obligatio sit mere civilis. ibid. Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure Nov. 99. 729. b. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. 730 b.
Fidejussor intensivè obligari potest, extensivè non potest. 731. b. Acceptus in majorem quantitatem, quàm debetur, ne in debitam quidem obligatur. 732. a. & quid hodie. 733. a.
Fiducia veteribus pignus, & propriè hypotheca. 886. a.
Filiofam. hærede instituto repudiante, utrum pater, an substitutus, admittendus. 403. b. Pleræque aliæ ejusdem generis quæstiones obiter excussæ. 404 a.
Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filiæ. 104. a.
Filiusfam. quando hæredem ab intestato habere cœpit. 600. a.
Filiusfam. in publicis causis non sequitur jus patris. 100. a.
Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur. 357. a. An his codicillos facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris. ibid. b.
Finium regundorum inter quos cujus rei gratia agatur. 904. a.
Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. 160. a.
Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore. 595. a.
Formulæ in actionibus in personam usitatæ & quasi locus, cùm agitur ex obligatione faciendi. 865. b.
Forum commune esse locum domicilii. 858. b.
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. ibid.
Fratres germani, & uterini. 597. a.
Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hæreditatem in capita, an in stirpes dividant. 615. b.
Fructuaria locata, quid juris circa pensiones. 207. b.
Fructuarii onera. 209. b.

Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi. 244. a.
Fructuarius an possideat. 311. a.
Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locate, vendere, &c. 260. b.
Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant. 208. a.
Fructus, quid, & quotuplex. 201. a. Quando fructus percepti intelligantur. 202. a.
Fructus non fiunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. 207. a.
Fructus percipiendi jus non transire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit. *ibid.*
Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt. 184. b. Quid de vino & oleo, &c. expresso. *ibid.*
Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. 812. b. Non item, qui non lucrandi animo. 813. a. Quid, si urgente fame esculenta ablata. *ibid.*
Furiosus à mente capto quid distet. 131. a.
Furta quàm variè apud varios mulctata. 816. b.
Non pugnare cum justitia attributrice, quod interdum morte puniantur. 817. a.
Furti actio, quibus competat. 824. a. civilis an concurrat cum criminali, 827. b. etymol. 814 a. inquirendi ratio vetus. 815. b.
Furtiva condictione an hæres furis teneatur in solidum. 828. a.
Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna. 823. a. genera. 814. a.
Furtum manifestum. 814. a. nec manifestũ. 815. a.
Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur. 812. b. fieri non intelligi, nisi fit, qui possideat. 813. a. per se & natura turpe esse. *ibid.* b. aliquo casu facere nõ videri, qui sciens rem alienam vendit. 271 b.
Furti actio datur ob gallinam surreptam. 173. a.

G

GEnus quid sit prudentibus, quid species. Generis legatum quando valeat. 511. b. & 512. a. ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii, *ibid.* b. Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. *ibid.* An istius differentiæ adhuc ratio habenda. 513. a. Quibus casibus electio sit hæredis, ubi testator id non expressit. *ibid* b. Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio. 514. a.
Generationis vis in fœminis citius incipit, quàm in maribus. 123. b.
Gradus hæredum ex serie successionis, à testatore factæ, æstimandos. 398. b.
Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat, & cur seriem cognationum Jurisconsulti gradus vocitent. 621. a.
Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. 67. a. Qua serie gradus numerentur. 621. b.
Grege legato, etiamsi unica ovis tantùm supersit, eam legato cedere: & cur non idem in legato usufructu gregis. 506. a.

H

HAbitatio quid. 263. b. Habitatio tam vendi, quàm locari potest. 264. b.
Hæres unde dictus. 471. a.
Hæredes omnes apud nos voluntarii. 475. a.
Hæreditas propriè quid sit. 314. b. 228. a. quibus modis defeatur. 314 b.
Hæreditas jacens, diversa consideratione rectè dicitur repræsentare personam defuncti, & personam hæredis. 382. b. In quibus hæreditas personæ vice fungi non potest. 696. b.
Hæres quasi obligatur legatariis fideicommissariis, creditoribus non item. 793. a.
Hæres à legatariis cogi non potest, ut adeat. 539. a.
Hæreditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. 385. a.
Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint. 378. b. Qui & in quantum hodie hæredes institui non possint. *ibid.*
Hostem occidere an liceat, postquam captus est. 34. b.
Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. 174. a. Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat. *ibid.* & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie. *ibid.*
Hypotheca, *vide* Fiducia.
Hypothecaria, nomen commune, *vide* Pignoratitia.
Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data: item qua de re, adversus quos, ea competat. 476. a.

I

IN impensas condemnandus victus victori, & si non petitas. 978. a.
Imperativa verba interdum vim habere precatoriorum. 562. a.
De impuberis delicto. 826. b.
Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens. 716. a. Cur non obligetur auctore patre. 717. a.
In jure, & in judicio fieri, diversa veteribus. 857. a.
Incertæ personæ cur olim non rectè legaretur. 517 b. cur tale legatum solutum per errorem repeti non potuerit. 518. b.
Indebiti soluti condictio ut competat, quæ requirantur. 794. a. An error juris repetitioni semper obstet. *ibid.* b. Obligatio indebiti per errorem soluti, sitne ex vero, an quasi ex contractu. 769. a. Causæ ex quibus indebitum errore solutum non repetitur, & cur id placeat. 797. a.
Individuum, quot modis dicatur. 56. a.
Individua vitæ consuetudo. *ibid.*
Infans quamdiu quis habeatur; & gradus ætatis pupillaris. 715. a. Infantiæ proximus. *ibid.*
Pro-

Proximi pubertati, & an hi naturaliter sine tutore obligentur. 716. a.
Ingenui quinam veteribus, & postea, dicti; & quid propriè vox Ingenuus. 38. b.
Ingenuitatis inter quos vertatur quæstio. 895. b.
Injuria re quot modis fiat. 841. b. Injuriam factam an verbis liceat repellere. 842. b.
Injuria remissa, adhuc peti posse impensas, &c. 849. b. Cur dissimulatione injuria aboleatur. 850. a. An idem obtineat in reali injuria. *ibid.* Plures species tacitæ remissionis. *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat. *ibid.* b. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. *ibid.* Levis & atrox injuria unde æstimetur. 848. a.
Injuriæ quæ pœna ex lege XII. tab. 846. a. quæ ex edicto prætoris. *ibid.* b. ex lege Cornelia. 847. a. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem esse, non criminalem. 848. b. In actione criminali pœnam extra ordinem constitui: civili electa, hanc consumi, & contra. 849. a. Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat. *ibid.*
Injuriarum actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur. 952. a.
In jus vocatio an pars judicii. 981. b. Effecta in jus vocationis. *ibid.*
In jus vocare, quid sit: & quid, citare. 982. b.
Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis testamento non facto æqualiter successuri fuissent. 388. b.
Instituti ex imparibus partibus, atque invicem substituti. 400. b.
Institutio servi alieni sustinetur ex persona domini proprii ex consequentia libertatis. 379. a. Quid juris in servo communi ab uno è dominis hærede instituto. *ibid.* b. Quid si servus hæres institutus sit à fructuario. 380. b.
Institutionem hæredis multorum moribus ad substantiam testamenti non desiderari. 396. b.
Institutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id esse ex subtilitate juris. 385. b.
Insula in mari cur rarò nascatur. 178. a. cur frequenter in flumine. *ibid.* b. in flumine nata, est vicinorum possessorum. *ibid.* non proprietate tantùm, sed etiam usu. 179. a pro qua parte cuique vicinorum acquiratur. *ibid* b. quo jure. *ibid.* quid hic apud nos. 180. a.
Interdicta cur potissimum de possessione proposita. 965. b. Quæ interdicta causam proprietatis, ac quasi, contineant. *ibid.*
Interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis etiam fructuario dari. 971. b.
Interdicta adipiscendæ possessionis. 967. b.
Interdictorum divisio à forma. 966. a. Uti possidetis, & Utrubi, veteris differentia, ejusque sublatio: tum quid hic jus Can. & mores hodierni. 970. b.
Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie. 965. b.
Interdictum quorum bonorum, cui, adversus quem competat: cui bono comparatum. 967. b.
Interdictum Salvianum adversus quos detur. 968. b. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. 969. a.
Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extensum: & de remedio can. Redintegrandæ: tum quomodo hìc apud Batavos procedatur. 974. b.
Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine detur. *ibid.* a.
Interesse, qua ratione incertum. 690. b.
Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda. 711. a. Quid juris, si diversitas versetur circa rem aut quantitatem. *ibid.* Quid si circa qualitatem. *ibid.* b.
Intestabiles qui dicantur; & an aliquam habeant testamenti factionem. 331. a.
Intestato filio mortuo, peculium castrense quando, & quo jure, ad patrem pertineat. 355. b.
Intestatus quis dicatur; & an ea appellatio etiam ad pupillum furiosum, &c. pertineat. 572. a. cessioni ab intestato quando locus, testamento irrito facto. *ibid.* b.
Inventarii beneficium. 467. b. ejus neglecti pœna. *ibid.* jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem. 468. a.
Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani, & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit. 552. a.
Inventio, species occupationis. 175. a.
Inundatio, quid propriè; & quæ ejus vis. 181. b.
Circa inundationes quid juris apud Hollandos. 182. a.
Irrita fieri quando dicantur testamenta. 432. a.
Iter, quid sit; quid eo contineatur. 231. a.
Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat. 984. b.
Judex, per imperitiam male judicans, cur non æquè ex delicto obligetur, ac medicus male curans; & circa hoc mores hodierni. 851. a. de dolo. *ibid.* b.
Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis. 859. a.
Judicis & arbitri nomina quàm variè accipiantur. 861. b.
Judices omnes secundum leges & mores judicare debere. 985. a.
Judicis officium in judicando. 984. a.
Judicio constituendo, personæ necessariæ. 861. b.
Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ. 976. b
Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos. 35. b.
Jura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur. 729. a.
Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa. 117. a. illa man-

data jurisdictione transire, hæc non item. *ibid.*
Juris variæ significationes. 7. a. propria, quæ huc quadrat. *ibid.* præcepta tria. 9. b. 10. a. divisio. 10. b. publici nomen, *ibid.* Animalia bruta juris non sunt capacia. 13. a.
Juris accrescendi, inter plures in eumdem usumfructum conjunctos, propria. 257. a.
Juris Æsdomici ratio; & qualis ex eo jure successio. 618. a.
Juris civilis Batavici distinctio. 28. b.
Jurisconsultorum auctoritas non fuit propriè κυριδοτική. 26. b.
Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse. 117. a.
Juris non scripti, quanta, & unde auctoritas. 27. a.
Juris Scabinici ratio, & quo fundamento nitatur. 617. b.
Jurisprudentia media, quæ. 595. a.
Jurisprudentiæ subjectum, ejusque considerandi modus. 8. a.
Jurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio. 596. a.
Jus accrescendi an testator prohibere possit. 386. a. *V.* 487.
Jus civile, in genere. 15. b.
Jus gentium, quid, & unde æstimandum. 16. a. Ejus distinctio, in primævum, & secundarium. *ibid.* b.
Jus in definitione actionis quid significet. 856. b.
Jus naturale, seu gentium, primævum, & immutabile. 30. b. eam immutabilitatem præcipuè apparere in communibus notionibus. 31. a.
Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant. 32 a.
Jus sanguinis, quot modis dicatur. 110. b.
Jus vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt. 51. b.
Jusjurandum calumniæ, quid sit. 977. b.
Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis. 978. a. & circa hæc mores hodierni. *ibid.* b.
Justitia, non est potentia naturalis, sed habitus. 7. b.
Justitiæ distributio, in universalem, & particularem. 5. b. an ea necessaria. 6. b. Justitia particularis, ejusque species. 6. a. Justitia commutativa, non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam. *ibid.* Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem. *ibid.*

L

Lapis pro milliario; & unde ea appellatio. 146. b.
Latini liberti quo jure fuerint. 43. a.
Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit. 559. a.
Legari quæ res possint, aut non possint. 475. b. Rem alienam legari, nil vetat. 480. a. Quid juris, si res communis legata. *ibid.* b. Effectus legati rei alienæ. *ibid.* Legatum rei, commercio simpliciter exemptæ, inutile; item ejus, quæ ædibus juncta. 481. a. Quid si res legata exempta commercio certæ personæ. *ibid.* Quid si feudum legatum. 482. b. Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, si testator sciverit, alienam esse. *ibid.*
An legati mandata Principis vel populi præcisè debeant sequi. 782. b.
Legata, ante hæredis institutionem relicta, cur olim inutilia. 527. b.
Legata & fideicomm. à Justiniano primum exæquata 477. b. eis communia jure veteri. 559. b.
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. 518. a.
Legatarii & fideicommissarii particulares, cur ad testimonia testamentaria admissi. 337. b. Divinatio quorumdam circa hoc improbata. *ibid.*
Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere possint consumpta portione restituta. 555. a.
Legati vindicationis, & damnationis differentia, & sublatio. 475. b.
Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet. 553. a. natura stricta, & cancellis circumscripta. 477. b. genera. 474. b.
Legatum nominis; & quid eo contineatur. 510. a. legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultro solutum. *ibid.* admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis. *ibid.* b.
Legatum omnium bonorum ususfructus, an valeat, alio hærede post mortem legatarii instituto. 394. a.
Legatum, post mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat; in tempus mortis relictum, contra: & cur tam variè. 528. b.
Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, nisi amplius sit in legato, quam in debito: & quot modis accidat, ut plus sit in tali legato. 499. b.
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ simile. 483. a. b.
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum est, an purum sit, an conditionale. 486. a.
Legatum rei, quæ legatarii propria sit, inutile; nec convalescere, ea postea alienata. 495. b.
Legatum, unde dictum. 473. a.
Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum. 23. a.
Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse. 543. a. Accurata in hoc legis caput inquisitio. *ibid.*
Legem condere non potest populus, alterius imperio subjectus. 15. a.
Leges quibus Comitiis à quibus magistratibus latæ. 20. b.

Leges

Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo sensu dicantur testatorum gratia latæ. 535. a. hære dum potissimum causa. *ibid.* Quid à quo cautum singulis. *ibid. b. & seq.*
Legis duodecim verba, *uti quisque legassit suæ rei*, exposita. 534. b
Legis varia significatio. 20. a.
Legitima portio. quid. 450. b Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. *ibid.* An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli. *ibid* Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur: novique & veteris juris differentia. 451.b. Actio ad supplementum in quibus differat à querela. 452 a. Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. 455. b.
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. *Rainutius*. 552. a.
Legitimati an ad feudum admittantur. 574.b.
Legitimatio, & ejus objectum. 76.b. Legitimatio per oblationem curiæ, usu recessit. 77. a.
Legitimatio per subsequens matrimonium, fine dotalibus instrumentis non procedit; secus jure canonico, & moribus. *ibid.* b.Legitimatio per rescriptum Principis. 78. b.
Lex Aquilia. 832. a.
Lex quando obligare incipit. 19.a.
Lex Voconia. 595. a.
Liberationis legatæ quis effectus. 499. a.
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis descendunt. 104. a.
Libertatis directæ, & per fideicommissum datæ, differentia, an sublata. 561. b.
Libertatis quæstio inter quos vertatur. 895 a.
Libertini ingenuis exæquati, & à quo. 44 a.
Libertinus & libertus, quid differant. 40. b.
Libertus centenarius. 630. a.
Limitati agri jus alluvionis non habent. 176. a.
Litteræ olim chartæ, hodie charta litteris cedit. 198. a.
Litterarum obligatio. 734. a. an rectè sic appelletur. 736. a.
Litis contestatio, quid sit. 982. a. an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur. *ibid.* ejus effecta. *ibid* b.
Litteras scire, aut nescire, quid. 141. a.
Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus dignoscantur. 764. b
Locatio, quid, & quotuplex: tum, quæ res aut facta locationem recipiant. 756.b. Locationis & emptionis communia. 757. b. In locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur. 758 a. Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos. *ibid.*
Locationi factæ à venditore emptor stare non tenetur. 767. a.

M

MAcedonianum Senatusconsultum. 935. b. Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re nasci. 812. a.
Mandatum, quid. 777. a. Mandati variæ divisiones. *ibid.*b quid differat à consilio.780.a Consilium tale, instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certæ personæ. 781.a.
Mandatum incertæ rei an & quando valeat. 778.a.
Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem.781. b. De excedente fines mandati quædam non trita. 782. b. Mandatum cur solvatur revocatione mandantis. 784.b.Cur morte utriusque. 785.a. An morte mandantis finiatur, cùm mandavit quid fieri post mortem. *ibid.* Casus, quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur. *ibid.*b. Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii. 786. a Quid si intempestivè renunriet. *ibid* Qualis culpa in mandati judicio veniat. *ibid.*b.Mandarum non vitiatur constitutione honorarii; nec datur tamen de ipso honorario mandati actio. 787. b.
Manumissione servi alieni legati, hæres ita liberatur, ut nec æstimationem debeat: & quid si res legata evicta. 503. b. Quid si hæres proprium servum, à se legatum ignorans manumisit.*ibid.*
Manumissionis species. 40. a. Manumissio vindictæ. 41. b.
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis potestas. 148. a.
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo ædificatur. 193. b.Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat *ibid.* Materiæ pretium à possessore qua ratione servari queat. 194. a.
Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. 63. b.
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione. 78.a.
Matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habet. 376.b. etiam jure novissimo. *ibid.*
Merces locationis an consistere possit in alia re, quàm pecunia numerata. 759.b.
Miles etiam pro parte testatus decedere potest. 387. a.
Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint. 349. a.
Militis testamentum an subjaceat querelæ inofficiosi. 376.a.
Militibus restantibus in expeditione remissa omnia, quæ subtilitatem magis quàm naturalem rationem habent. 344. a. causa hujus privilegii. *ibid.* in hybernis, &c locatos tale privilegium non habere. *ibid.*b.
Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem. 425. a.
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. 48. a.
Modi acquirendi jure civili singulares. 265. a.
Mores hodierni circa capturam ferarum. 170. a.
Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus. 686. b.
Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus, & expressam, iniquum videtur, & quid. 913. b. & si liberi, &c. *ibid.*

Mulieres cur arceantur à testimoniis testamentariis. 330. a.
Mutui etymon. 665. a.
Mutuum an sit species alienationis. 299. a. Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. 300. a. Nummi quando consumpti intelliguntur. 299. b. Si mala fide consumpti, quæ tunc actio. 300. a.
Mutuum quid. 662. b. materia mutui. 663. a. Cur mutui datio tantum consistat in rebus consumptibilibus. *ibid.* Forma mutui propriæ *ibid.* Singularia in mutuo recepta. *ibid.* b. Finis & effectus. *ibid.* Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere. 664. a.

N

NAti ex concubina non magis, quàm vulgo quæsiti, jus agnationis habent. 612. a.
Nati ex damnato coitu, omnis successionis sunt expertes. *ibid.* b.
Naturales liberi quot modis dicantur. *ibid.*
Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu tollitur. 809 b Item re integra & civilis nudi consensus, & honorariæ pignoris. *ibid.*
Navis levandæ causa quæ ejiciuntur, pro derelicto non haberi. 224. a. circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris cum olim tum hodie. 225. a.
Negotiorum gestio quale factum. 790. a. Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat. *ibid.* b. Cujus culpæ nomine negotiorum gestor teneatur. *ibid.*
Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. 77. b.
Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus hæres existere. 580. a. nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere. *ibid.* b.
Nepotes ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, in stirpes familiam ercifcere. 578. a.
Nomen quo effectu à creditore alienetur. 864. b.
Nominum propriorum differentia subtilius, quàm vulgo, explicata. 522. a Error in nomine legatarii non vitiat legatum. *ibid.* b. Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. *ibid.* Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit. 523. a.
Notarii publici an stipulando alteri acquirant: & quid juris hodie. 707. b.
Novatio quid, quæ in ea necessaria. 806. b.
Novationis effectus. 807. a. Quot modis novatio fiat. *ibid.* Novatio, quæ fit per litis contestationem, & quid differat à voluntaria. *ibid.* Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur. 808. b. Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. *ibid.*
Noxales actiones an recte inter arbitrarias numerentur. 917. b.
Noxa, noxia: noxæ dedere. 937. b.
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia, reddi possunt. 664. a. Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ex æstimatione, quæ est, cùm solvuntur. *ibid.* b.
Nummos recte numerari inter res corporales. 216. b.
Nuptiæ comprivignorum licitæ. 71. b.
Nuptiæ fratrum & sororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter. 64. b.
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea transversa inæquali: & an huic prohibitioni consentanea lex divina. 66. a. Nuptiæ consobrinorum civili & divino jure licitæ: secus jure Canon. 67. a. Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. 69. a. lineæ transversæ. *ibid.* inter affines transversæ lineæ interdicta Levit. 18. an moralia. *ibid.* b.
Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum consensum desiderat. 55. a.

O

OBligatio naturalis nudo consensu tollitur. 809. a.
Obligationes, quæ re contrahi dicuntur. 661. a.
Obligationum summa divisio. 654. a. Obligatio naturalis. *ibid.* Obligationes naturales non omnes eumdem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant. 655. a. Obligatio mere civilis. *ibid.* b. Obligatio mixta. *ibid.*
Officium jus dicentis aliud, quàm officium judicis: & in quibus utrumque consistat. 983. b.
Oleum. *vide* Frumentum.
Operæ servorum vix est, ut servitutibus personalibus annumerentur. 243. a.
Optionis & electionis legatum idem esse. 515. a. differre à legato generis & alternativo. *ibid.*
Optionis legatum habuisse olim conditionem cohærentem personæ legatarii. *ibid.* b.
Orcini liberti, & numquid juris in eos familiæ. 561. a.
Orficiano Senatusconsulto filius & filia ad matris successionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem aviæ. 607. a. quod postea mutatum. *ibid.* b. Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurii. Quid moribus hìc receptum. 608. b.
Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat. 730. a. non pertinet ad fidejussores judiciales. *ibid.*

P

PActa hodie etiam actionem parere juxta scita juris Canonici. 661. a.
Pactum de quota litis jure improbatum. 788. a.
Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio. 659. a. Pacta legitima & in continenti adjecta. *ibid.* Ex continenti adjecta

an

on insint ex parte actoris in contractibus stricti juris. *ibid.* b.

Pœna constituta in eos, qui plus quovis modo petunt. 913. b.

Pœnæ nomine legare quid sit. 530. a. Cur tale legatum veteribus improbatum. *ibid.* Cur probatum Justiniano. *ibid.*

Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurri. 691. a. An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur. *ibid.*

Pœnalem stipulationem valere, quamvis inutili subjecta sit. 722. b. Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest. *ibid.* Pœna debetur, quamcumque promissa. 7 3. a. Quoties stipulantis interest alteri dari, stipulatio alteri facta valet. 723. b.

Partum ancillæ cur placeat in fructu non esse. 209. a.

Parentibus quo jure alimenta debeantur. 14. a.

Pater quo jure olim, ut pater, successerit filio. 600. b.

Patria potestas quo sensu propria civium Romanorum. 57. b. qualis ea olim, postea, & hodie. 58. b.

Patricii genere semper à plebejis distincti, non ordine. 21. a.

Patricii qui olim, qui postea dicti. 90. a.

Patris jura quibus modis apud nos solvantur. 95. b.

Patroni & parentis manumissoris comparatio. 93. a.

Patroni, parentes, &c. sine venia in jus vocari non possunt: item hujus juris ratio. 892. b. & circa id mores hodierni. 893. a.

Patronos lex 12. tabb. non alio jure censuit, quàm agnatorum. 619. a.

Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum, quàm patrem, fratrem, &c. *ibid.*

Pavones & columbæ omnes generis feri. 172. a. De peculio quando actio in patrem non datur. 853. a.

Peculio legato, quod vivo testatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno fit. 580. a. Quid si post mortem testatoris. *ibid.*

Peculio pagano adventitio cum castrensi communia. 356. a.

Peculium filiifam. quid sit: quot ejus species: & quid singulæ. 305. a. Adventitii peculii proprietas primum quibusdam in bonis, postremo generaliter filiofam. concessa, usufructu patri relicto. *ibid.* Quibus casibus plena hic proprietas filio acquiratur s & quid circa hæc moribus nostris & Gallorum. *ibid.* b.

Pecuniæ appellatione res omnes continentur. 728. b.

Pecuniæ signatæ usus perantiquus. 749. b.

Permutationis incommoda. 749. a.

Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertineant emptione perfecta. 751. b. Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 753. b.

Petitoris in actione rescissoria intentio. 880. a.

Picturæ cur tabulam cedere placeat. 199. a. Domino tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur. 200. a In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus. *ibid.*

Pignoratitia actio quando nascatur. 675. a. quid differat ab hypothecaria. *ibid.* ad quid creditor pignoratitius teneatur. *ibid.*

Pignora in vicem satisdationis quando admittantur. 133. a.

Pignoris varia significata. 674. b. Pignus contrahi etiam sola conventione. *ibid.*

Pignoris vendendi formam à Justiniano præscriptam hodie non observari. 298. a. etiam cùm convenit; ut pignus distrahere liceat, unam saltem denuntiationem requiri. 297. a. Et quid juris si solutio sua die non facta. *ibid.* b.

Pignus inter, & hypothecam, nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam. 886. a. Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris. *ibid.*

Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 884. a.

Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune. 159. b.

Pisces in alieno stagno capti cujus sint. 169. a.

Polygamia numquam in foro conscientiæ licita fuit. 70. b.

Portus, *vide* Flumina.

Posthumi alieni servus cur rectè institui hæres potuerit, ipse non potuerit. 382. b.

Posthumi qui propriè dicantur: & qui impropriè seu quasi posthumi. 368. b. Qui ex his agnascendo, qui succedendo testamentum rumpant. *ibid.* Cur nepti quasi posthumæ plus tributum olim, quàm filiæ. 369. a Jus antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum. *ibid.* b. Quid Gallus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit. 370. a. Quid lex Velleja. *ibid.* b.

Posthumi similes incertis personis. 519. a. Posthumi sui & alieni. *ibid.* b. Posthumus alienus quo sensu dicatur olim hæres institui potuisse, 520. a.

Posthumorum appellatione venire omnes liberos nascituros. 104. b.

Postliminio reversus quando quis intelligatur, 91. a. quæ res postliminio recipiantur, & quid juris hodie. *ibid.* b. origo vocis postliminii. 92. a.

Possidere quid sit in argumento usucapionis. 267. b. Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri. *ibid.* Possessionis interruptio, ejusque effectus. *ibid.* Etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad implendam usucapionem. 277 a. Possessionem justam defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem alienam esse injustam, nocere etiam ignoranti. *ibid.*

Possessionis accessione auctoris sui quando successor particularis utatur. 278. b.

Possessio cur per extraneam personam acquiri possit, jus aliquod non possit. 312. a. Per conse-

consequentiam adeptæ possessionis etiam dominium nobis acquiri, *ibid*. b. vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit. 213. a.
Possessio rerum hæreditariarum nec suis hæredibus continuatur. 575. b.
Possidere quid propriè sit. 971. b. Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis, quæ à Justiniano sublata. 972. a. Etiam solo animo possessionem retineri. *ibid*. Ad acquirendam possessionem & animo opus esse, & simul aliquo actu corporali. 973. a. Quibus modis possessio amittatur. *ibid*.
Possidere pro hærede prove possessore quis dicatur in interdicto Quorum bonorum, & alia nonnulla scitu digna. 965. a.
Possessor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impensas consequatur. 194. a. quid juris in malæ fid. possessore. 195. a.
Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit. 204. b. consumptos lucratur, extantes omnes restituit. 205. a. Praxis. 206. a. Ratio hujus juris. 203. a. b.
Possessor bonæ fidei quis sit. 202. b. quid si postea cognoverit rem alienam esse. *ibid*.
Possessor bonæ fidei an domino servum vindicanti restituere debeat, quod ex operis servi paratum extat. 310. b.
Possessorii cum petitorio cumulatio. 970. a.
Qui possessores quos fructus restituere debeant. 987. a.
Non possidenti nullam eo nomine actionem dari. 194. b.
Possessor malæ fidei nullos fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur. 206. a.
Possessores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint. 218. a.
Potestatis vocabulum in magistratu. 139. b.
Prædia eorumque jura cum effectu juris considerata nunquam loco distinguuntur. 234. b.
Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde sic appellatur. 894. b. Cur actionibus in rem annumeretur. 895. a.
Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit, quàm dotis obligatio. 502. a. ac idem adhuc jure novo. *ibid*.
Præscriptio non currit adversus agere non valentem. 879. b.
Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriæ. 24. a.
Præscriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus præcepta, 275. a. 280. b.
Præsumptio duplex pro instrumento. 721. a.
Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus, quid olim juris. 364. a. quid præteritis posthumis. 367. a. quid præteritis emancipatis. 374. a. quid præteritis adoptatis. 375. a. Quid novi circa hæc introduxerit Justinianus. *ibid*.
Præteritis à patre liberis, an legata beneficio novæ legis conserventur. 443. b.
Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure civili nullum esse: unde quatuor consectaria. 363. b. An tale testamentum prorsus inutile etiam jure prætorio. 365. a.
Prætextatus sermo. 843. b.
Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus vetus emendarit. 636. a.
Prætor hæredem facere cur non possit. 637. a.
Prætori unde, & qualis condendi juris potestas. 25. a.
Processus judiciarii partes. 981. b.
Princeps quatenus de bonis subditorum disponere potest. 53. b.
Principes an & quatenus legibus soluti. 438. a.
Privilegiorum usus rarus in statu Democratico. 24. a.
Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore. 719. a.
Procurator, & officium ac potestas, maximè hodie, &c. 943. a. Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato. 945. a.
Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum libera, latè improbatur. 220. a.
Prodigus, qui facto ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio. 130. b. non potest testamentum facere. 360. a.
Promittens metu, licet coactus, obligatur, & quare. 954. b.
Profanum quid, & unde dictum. 163. b.
Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii. 218. b.
Pubertatis in masculis ex annis etiam olim æstimatio. 123. a.
Puberum minorum 25. annis obligatio. 716. b.
Publicianæ actionis introducendæ causa. 877. b.
Cur ut competat Publiciana, necesse sit rem traditam esse: & an aliquando competat re nondum tradita. 876. b. An & de rebus incorporalibus: ubi & de bona fide, &c. 877. a. An etiam vero domino detur, & an cum rei vendicatione cumulati queat. *ibid*.
Cur requiratur, ut possessio amissa sit, & amissa casu. 877. a. Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio. *ibid*. b. Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus. 878. a.
Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater, liberis emancipatis. 407. a. nec nepoti in potestate constituto, quem pater antecedit. *ibid*. b. An ut valeat substitutio pupillaris, sufficiat liberos in potestate esse tempore mortis. *ibid*. Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri. 408. a. An & ex converso. *ibid*.
Pupillo, in quem solutio collata rectè solvi. 301. b. Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate solventem, non liberari, licet dominium transferat. *ibid*. a.
Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio æta-

ætatis adversus solutionem factam secundum Constitut. Justin. 302. a. quid si nummos ita solutos salvos habeat. *ibid*. b. Si pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura sit jactura. 203. a.

Q

QUarta D. Pii totorum bonorum, an portionis ab intestato debitæ quarta pars sit, & num etiam hæc aucta. 83. a.
Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando 445. b. Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. 446. a. An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. *ibid*. b. An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere. *ibid*.
Querela inofficiosi testamenti quando liberis exhæredatis aut præteritis necessaria. 440. a. quando posthumis. 448. b.
Querela inofficiosi utrum sit actio, sive petitio; an remedium aliquod ab actione separatum. 442. b.
Querela non datur iis, qui alio jure venire possunt. 448. a. Parenti manumissori cur detur, cùm contra tabulas petere possit. *ibid*.
Querelæ inofficiosi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie. 444. a.
Querelæ inofficiosi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoscit: & in universum de effectis agnitionis & oppugnationis judicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi, 452. b.
Quasi contractus quid sit. 788. b. Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventione. 789. a. Tacitum cum ficto, expressum cum vero perperam confundi. *ibid*.
Quasi ex contractu hæres legatariis propriè obligatur, non creditoribus hæreditariis. 793. a.
Quasi maleficium, quid. 850. b.

R

RApinæ pœna. 830. b. Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit. 831. a.
Recipere, quid. 887. a. Actionis recepticiæ & constitutoriæ discrimen. *ibid*. b.
Regula; *Quod semel utiliter constitutum est, durat, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuit*: quando locum habet, & quando contraria. 359. b.
Regulæ; *Neminem posse rogari, ut plus restituat quàm ipse cepit*; declaratio. 560. a.
Reipubl. causa qui abesse dicantur; & quæ horum peculiaria. 139. a.
Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria. 164. b.
Remedium *l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo*. 968. b.
Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. 692. b.
Rerum communium usus omnibus competit, 157. b. quatenus harum rerum quid occupari, quo effectu, possit. 158. a. quatenus differant ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa. *ibid*.
Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum desideret. 219. b.
Res omnes aut in bonis nostris sunt, aut extra bona, tertium genus non datur. 156. a.
Res sacræ, & persona consecrantis. 161. b.
Rescindentis & rescissorii judicii commentum. 879. b.
Rescripta contra jus elicita, & preces sub & obreptitiæ. 24. a.
Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis, ubi & alia. 879. a. adversus eum qui præsens rem absentis usucepit. 880. b. Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorantiæ. *ibid*. Restitutio & rescissio ex edicto; Quæ in fraud. cred. 882. b.
Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa, & quid postea hìc novi. 926 b.
Retentio extra causam dotis. *ibid*.
Reus quid & unde dictus. 692. a. Duo rei stipulandi. *ibid* b. Duo rei promittendi. 693. a. Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quàm si id specialiter actum. *ibid*. jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. *ibid*. b. Solutione, aliove modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno è reis credendi liberato, totam tolli obligationem. 694. a. Uno è duobus reis promittendi solvente, &c. omnes liberari. *ibid*. b.
Ripa quid sit. 160. b.
Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut littora maris. 161. a.
Roma olim commune forum. 858. b.

S

SAbiniano Senatusconsulto quid cautum. 576. b.
Sacra privata. 163. b.
Sancti appellatio quàm latè pateat. 165. b. inter sancta an rectè portæ numerentur. 166. a.
Satisdatio tutorum apud nos qualis, & nonnulla alia. 134. a.
Satisdationum modus & usus hodiernus. 948 a.
Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant. 219. a.
Scriptura non pertinet ad essentiam legis. 19. a.
Senatusconsulti Macedoniani scopus. 936. a.
Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint. 546. a. Quæ Senatusconsulto Pegasiano. 547. b. Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis. *ibid*. Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur. *ibid*. Hæres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit,

ſtituis, an ſolus onera ſubear ex Pegaſiano. 549. b. Caput Senatuſconſulti de cogendo nolentem adire. 550. a.

Senatus juris condendi poteſtatem quando, & unde acceperit. 21. b.

Senatuſconſulto Tertilliano matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hæreditas. 605. b. Qui matri prælati ex eo Senatuſconſulto, *ibid.* Jus novum circa matris legitimam ſucceſſionem liberorum vulgo quæſitorum. *ibid.*

Sententia ſine certa quantitate prolata cur non valeat. 919. a.

Sententiæ certitudo unde metienda. *ibid.* b. etiam in petitione incerta certam debere ferri ſententiam. 920. a. Quibus caſibus certa ſententia ferri nequeat. 919. b.

Sententiæ nullius momenti quæ, licet injuſtæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio. 984. a.

Sepulchra privata antiquorum, & hodierna. 164. a.

Servi quomodo à dominis tractandi. 52. b

Servi pœnæ qui. 89 a. Servitus pœnæ ſublata. *ibid* b.

Servi in his regionibus nulli. 36. a.

Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant. 307. b. Cur hinc excipiatur hæreditas. 308. a. An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur ex quacumque cauſa. *ibid.*

Servitus quo ſenſu dicatur contra naturam eſſe. 34. a. Voluntaria in ſervitutem datio. 37 a.

Servitus prædii quid ſit, quid ea requirat. 229 a.

Servitutes prædiorum omnes perpetuam cauſam habere debent. 330. a.

Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant. 238. a. Aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, an inter ſervitutes prædiorum rectè numerentur. 239 a.

Servitus communi prædio ab uno neque conſtitui neque acquiri poteſt. 240. b. Ad conſtituendam ſervitutem non ſufficit ſola pactio. *ibid.* Ultima voluntate conſtituitur ipſo jure. 241. a. Per uſum ac poſſeſſionem noſtram quomodo capiatur. *ibid.* quibus modis amittatur. 242. b.

Servitutes ſtillicidiorum & fluminum. 235. b. Jus altius tollendi ſine ſervitus. 236. b.

Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi ſunt diſtinctæ, item projiciendi & protegendi. 235. a.

Servitutum perſonalium ſpecies. 243. a.

Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendam hæreditatem effectus. 381. a. quid circa idem inſtituto ſervo alieno. *ibid* b.

Servo hæredis cur purè inutiliter legetur. 526. a. cur domino hæredis utiliter. 527. a.

Servo alieno, qui paterfam. credebatur, inſtituto, hæreditas ex æquo dividitur inter ſubſtitutum ſervi & dominum. 405 a.

Servus fructuarius cui acquirat, ſi dicat ſe domino proprietatis accipere ex re fructuarii. 309. a.

Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres inſtitutus, juſſu fructuarii hæreditatem adire debet. 309. b.

Servus proprius ſimpliciter tutor datus directo liber ſit. 101. a.

Seſtertius & ſeſtertium, an idem valeant. 630. a.

Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo. 767. a. Species ſocietatis ſubjectis diſtinctæ. 768. a. Univerſorum bonorum ſocietas, & ejus effecta. *ibid.* b. Inter conjuges moribus Belgii. *ibid.* Quæ bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit. *ibid.* Si de partibus ſocietatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales eſſe. 769. b. Si partes expreſſæ, hæ ſervandæ, qualiſcumque collatio ſit. 770. a. Notabilia quædam circa caſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 771. a. Quid ſi convenerit, ut unus lucri ſit particeps, damni immunis. *ibid.* b. Si in una tantùm cauſa, puta in lucro, pars expreſſa, in altera eadem ſervari debet. 772. a. Societas unius è ſociis renuntiatione ſolvitur. *ibid.* b. Quibus ex factis renuntiatio tacitè arguitur. *ibid.* Malitioſa renuntiatio quatenus cui noceat. 773. a. Solvi ſocietatem etiam morte unius è pluribus, & quo id pertineat. *ibid.* b. Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio ſocietatis exigatur. 776. a.

Solemnitates quatenus quibus in teſtamentis paganorum remiſſæ. 327. b. quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.*

Solutio quid propriè. 800. a. Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſe. *ibid.* exceptiones hujus regulæ. *ibid.* Ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur. *ibid.* b. Licere unicuique pro debitore ſolvere etiam ignorante & invito. 801. b.

Quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere, & quid ſi alius pro emphyteuta canonis ſolutionem offerat. 802. a. Fidejuſſore pro reo ſimpliciter ſolvente, utrum ipſo jure reus liberetur, an per exceptionem. *ibid.* b.

Sortis judicium apud veteres frequens. 516. b.

Species, *vide* Genus.

Species nova non acquiritur facienti, niſi eam fecerit ſuo nomine & bona fide. 183. a.

Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem. *ibid.* circa ſpecificationem Proculi & Sabini diſſenſus. 184. a. media ſententia qua ratione nitatur. *ibid.*

Sponſalia, eorum genera & effectus. 57. a.

Sponſores, vades, prædes. 716. b.

Spurii an pro turpibus perſonis habendi. 446. b.

Status controverſiam quis pati dicatur. 142. b.

Statuta qui qua conditione condere poſſunt. 15. b.

Stipendium & tributum an differant. 218. a.

Stipulatio quid ſit. 676. a. Stipulationum uſus quàm varius. 677. a.

Stipulatio non habet certam & determinatam natu-

naturam. *ibid.* Stipulationis vera originatio. 678.b. Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requiratur. 679. a. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi. 680. a. Ex pura stipulatione statim agi potest. *ibid.*

Stipulatio non valet, in quam res deducta est, quæ non est, nec unquam fuit. Ubi de hippocentauris. 702. b. Quid si deducta res, quæ esse desiit. *ibid.* Quid si, quæ non sit in commercio. 703. b. Quid si stipulator sciat non esse in commercio. 704. a. Quid si ille ignoret, promissor sciat. *ibid.* Quando stipulatio utilis earum rerum, quæ secundum quid extra commercium. *ibid.* De stipulatione rei suæ. *ibid.* b. Stipulatio extinguitur in casum deducta, unde incipere non potuit. *ibid.* An ex contrario iterum restituatur. 705. a. Res commercio exempta, nec sub conditione in stipulatum rectè deducitur. *ibid.*

Stipulatio in alium collata, quid tribuat stipulatori. 708. b. Quid adjecto solutionis causa. *ibid.* quid permittat promissori. *ibid.* quid si adjectus statum mutaverit. 709. a. Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur. *ibid.* b.

Stipulatio post mortem stipulatoris aut promissoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis. 719. b. Qua ratione jus vetus mutatum. *ibid.* Stipulatio præpostera. 720. a. post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. *ibid.* b. Quid intersit, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ. 721. b.

Stipulationes, & obligationes ad hoc comparatæ, ut unusquisque acquirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit. 707. a. 712. a. Quæ hic cautiones adhibendæ. 707. b. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. 708. a.

Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis. 550. a. partis & pro parte. 548. b. Cur hæ stipulationes captiosæ. 551. b

Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi & duplæ, an rectè dicantur communes. 700. a.

Stipulationum judicialium usus. 698 b. exempla harum stipulationum. *ibid.* Stipulationes prætoriæ unde cognoscantur, earum usus & exempla. 699. a. Quibus in causis locus ædilitiis. *ibid.* Distinctio stipulationum judicialium & prætoriarum ad usum fori accommodata. *ibid.* b.

Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus. 135 b. qui magistratus ea actione teneatur, & an hodie adhuc in usu. 136 b. 137 a.

Substitutio vulgaris in suo hærede non operatur in casum impotentiæ, sed voluntatis. 399. b.

Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio. 406. a.

Substitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo. 423. b. Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi. 424. a. An ad causam fideicommissi trahatur substitutio à pubertate incipiens. *ibid.* Apud Batavos substitutioni pupillari non est locus, & quid de exemplari. 415. b.

Substitutio exemplaris quo consilio introducta. 413. a. Quid juris si uterque parens exemplariter substituat. *ibid.* b. Substitutio exemplaris an ad mutos quoque & surdos porrigenda. 414. a. Etiam impuberibus, mente captis, qui in potestate sunt, rectè exemplariter substitui. *ibid.* Si plures sint mente capti, liberi, vel fratres, posse vel unum ex his substitui. *ibid.* b. An & exhæredatis exemplariter rectè substituatur. 415. a. An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo. *ibid.* b.

Substitutionis verbum quàm variè usurpetur. 397. a. Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam. *ibid.* Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. *ibid.* Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. 398. b.

Substitutionis pupillaris exhæredato factæ formula. 418. a. à substituto filii exhæredati partem legari non posse, sicut nec ab ipso exhæredato. *ibid.* b.

Substitutionis pupillaris formula generali soli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim scripti. 422 b. ex eadem formula soli veniunt, qui patri hæredes extiterunt. 423. a. Alius ejusdem formulæ effectus. *ibid.*

Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. 401. b.

Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. 409. b. Quando vi formulæ pupillaris. 410. a.

Substitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem. 411. a. etiam quoad legitimam. *ibid.* b. Idem in pupillari tacita. *ibid.*

Succedere in capita quid sit, quid in stirpes. 577. b.

Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo. Successio liberorum. 614. b. Successio parentum. 615. a. Successio collateralium. *ibid.* b.

Succedendi ab intestato ratio apud Batavos. 617. b.

Successioni in legitimis hæreditatibus cur olim non esset locus. 599. a. Cur Justinianus admiserit. *ibid.* b. Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus, & num id mutatum. *ibid.* a.

Successionis in stirpes usus initio tantùm inter suos hæredes fuit: tum hujus successionis ratio. 577 b. Quatenus procedente tempore extenta. 578. a. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad successionem intestati qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore vocentur. 587. b. Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur. 588. a Quatenus primum *l. g. C. Theod. de in l. ult. C. de suis & leg. liber.* juri veteri derogatum, & alia non trita. *ibid.* b. *& seqq.*

Sui

Sui hæredes qui dicantur. 458. b. ratio hujus nominis, & quædam alia non passim obvia. 459. b. Altera horum hæredum qualitas, sc. necessitas, & quid ea operetur. 460. a. Prætor jus suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. *ibid.* b.
Surdi & muti pro hærede gerere possunt. 471. a. Quid si hæreditas delata infanti aut furioso. *ibid.* b.
Surdos & mutos natura in militiam legi non posse. 339. b.
Suspectum rectè postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio. 149. a.
Suos hæredes sub alia conditione institui non posse, quàm quæ sit in eorum potestate. 392. b.
Suus hæres an quis existere possit, quo tempore inspiciendum. 578. b 579. a.
Suus hæres accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate sui hæredis. 399. b.

T

TEstamentum an anulo dumtaxat signare liceat, an & alio instrumento. 318. b.
Testamenti factio quotuplex. 330. a.
Testamenta non notis, sed litteris scribenda. 339. b.
Testamenti scripti. 325. a. mixti ex prætorio & civili forma. *ibid.* In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris. *ibid.* b. Singularia in testamento cæci. 361. a.
Testamenti factionem cur filiifam. non habuerint. 354. b. Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari, & quid hic de codicillis & mortis causa donatione. *ibid.* & 355. a. Circa hæc mores nostri. 358. a.
Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. 420 b ideo patrem prius sibi debere testamentum facere. *ibid.* a. Testamento patris per querelam rescisso, pupillarem substitutionem concidere, & cur non item bonorum possessione cont. tab. 421. a. quid juris hìc jure novissimo. *ibid.*
Testamento scripto cum nuncupativo communia. 325. a. 327. a. discrepantia. 341. a.
Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum. 342. a.
Testamentum unius in plures codices referri potest. An testamenta plurium in codicem unum. 340. a.
Testamentum à pagano non rite factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata. 350. a.
Testamentum in procinctu. 320. b. Calatis comitiis. 319. b. per æs & libram. 321. a. quando hæc in usu esse desierint. 322. a.
Testamenti prætorii forma. 325. a.
Testamentum antea factum cur furor postea incidens, &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet. 359. b.
Testamentum ut consistat, quænam in persona testantis requirantur. 353. a.
Testamentum apud hostes factum, jure postliminii non convalescere. 361. b. quid hìc juris hodie. 362. b.
Testamentum in genere quid sit. 315. a. b. aliæ testamenti descriptiones examinatæ. *ibid* allusiva & vera testamenti notatio. 316. a. Genera testamentorum. 315. a.
Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis. 317. a. liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de feudis. 318. b.
Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. 433. a. Testamenti posterioris cancellatione restitui prius, cujus tabulæ integræ. *ibid.* b. differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione, & arrogatione. 434. a. Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata. 435. a. Quid juris sit causa adjecta, *Quia volo decedere intestatus. ibid.* b. Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. 436 a. temperamenta hujus doctrinæ. *ibid.* b.
Testamentum quot modis rumpatur. 427. a. Testamento deleto, inciso, &c. utrum fisco deferatur hæreditas, an venientibus ab intestato. 428. a. An jura de incisione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est. *ibid.* Cur prius testamentum rumpatur per posterius, etiam tabulis integris manentibus *ibid.* b. etiamsi non revocetur. *ibid.* Quid juris, si prius testamentum contineat clausulam derogantem. 429. a. Quid si ex posteriore nemo hæres extiterit. *ibid.* b.
Testamentum destitutum. 429. b. 573. a.
Testandi facultatem natura non habere, quem natura voce & auditu privavit. 339. b. Quid de his, qui casu muti aut surdi facti, notata simul oscitantia Compositorum. 340. a. & quid hìc jure communi. 358. a.
Testandi forma in his regionibus. 341. b.
Testandi facultatem capite damnati olim amittebant. An postea ab eo jure recessum. 353. a.
Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere. 351. b.
Testato pro parte & intestato nemo decedere potest: & quam rationem id habeat. 385. b. circa idem mores hodierni. 387. a.
Testatoris voluntas declarata testamento minus solemni an obliget in foro conscientiæ. 316. b.
Testes ad testamentum adhiberi non possunt, muti, surdi, cæci. 330. b.
Testis in testamento esse non potest, qui est in potestate testatoris, & quid de filio emancipato.

ro.334.a. An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi peculio rectè testis adhibeatur. *ibid.*b. testes domestici cur reprobentur, & quid hic testimonium domesticum. 335.a.
Testis an rectè adhibeatur hæredis pater, in cujus potestate non est, aut filius hæredis emancipatus. 336. b.
Testibus in testamento militis scripto opus non esse. 346. b. Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi. *ibid.* An rogatio testium militi necessaria. *ibid.*
Testium conditio tempore testamenti spectanda. 331.b.idem juris & in habilitate putativa. 332. a. quid si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur. *ibid.*
Thesauri varia significata. 211. a. inventus in loco proprio acquiritur inventori. *ibid.* b. quamvis locus sacer aut religiosus. 212. a. in alieno inventus, pro dimidio inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino. 213. b. ratio hujus juris. *ibid.* quid juris hodie. *ibid.*
Tigni appellatio quàm latè pateat. 191. a.
Traditio vera & ficta. 214. b. Citra traditionem dominia jure gentium non transferri. *ibid.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio. 215.a Traditione non transferri dominium, nisi justa causa præcesserit, saltem opinione tradentis. 216. b. Dissensio in causis tradendi an & quando impediat dominii translationem. *ibid.*
Triboniani collectiones minimè necessariæ. 586.a.
Triboniani duplex error animadversus. 143. b.
Triboniani testimonium de nudorum corp rum inspectione suspectum. 123. a.
Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in concreto juris civilis. 118. b. Tutelæ affectatæ. 140. a.
Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur. 106. b. ejus vix apud nos usus: & quid moris cessante testamentaria. *ibid.*
Tutelæ legitimæ species. 104. a. agnatorum. 106. b. patronorum. 111. b. parentum. 112. a. fiduciaria. 113 a.
Tutelæ definitio explicata. 96. b. species tutelæ. 98. a. Tutela an munus publicum. 138 a.
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. 124. a.
Tutor an jure datus sit, quibus ex rebus æstimandum. 99.a. qui, quibus testamento tutores dare possunt. 100. a. Tutoris à patre dati confirmatio quid differat à dato à matre vel extraneo. 99.b. Tutores confirmati pro testamentariis habendi. 100. a. Tutorum genera apud nos. *ibid.*
Tutor à magistratu dari non potest minor 25. ann. 102.b. Non potest dari ad certam rem, secus apud nos. 103. a. b.
Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem dumtaxat. 791. b.
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus nostris. 151. b.
Tutor interdum à magistratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem. 115. b. ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam. 116. a. Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appellare. 145. a.
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. 119. a.
Tutoris gubernatio quibus in rebus consistat. 119. a. quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas. *ibid* b. auctoritatis interponendæ modus. 121. a.
Tutoris unius ex pluribus satisdationi non obnoxiis provocatione cæteros satisdationi subjici; & quis ordo in gesta uni committendo. 134. b.

V

Vectigal navigantibus qui jure imponant. 159. a.
Venditor an præcisè teneatur rem tradere. 742. a.
Venditor levem dumtaxat, non etiam levissimam culpam præstat, nisi custodiam in se susceperit. 754. a. Quarum rerum venditio rectè fiat. 756. a. Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nesciverit. *ibid.*
Venditor an præsumatur fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit. 219. b.
Venia ætatis quando, qua conditione & à quo concedatur, & cur citius fœminis, quàm masculis: ubi & mox de moribus patriæ. 126. b.
Veritas plus valet quàm opinio, interdum contra; & quando. 496. b.
Victus victori in expensas, &c. damnandus. 978 a.
Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu. 233. a.
Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto agere posse: & de judicii petitorii cum possessorio cumulatione. 970. a.
Vindicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ, & alia. 898. b.
Vinum. *vide* Frumentum.
Violentiæ varia genera. 828. a.
Vitium actoris successori neque prodest, neque nocet. 279. a.
Vitium possessionis quomodo purgetur. 274. a.
Unio prolium in Germania. 79. b.
Universitas non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur, significat. 314. a. modi acquirendi per universitatem. *ibid.* species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ. 315. b.
Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis. 162. a.
Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere potest: & qua conditione. 259. b. Modus utendi, & quàm largè aliquando cum usuario agitur. 260. a. quarum partium fundi possessio quo-

quodammodo penes usuarium. *ibid.* Non potest utendam alii locare aut vendere. *ibid.* b.
Usuarius non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alteri locare. 262. a.
Usucapionis & præscriptionis vetus differentia. 265. b. persona usucapientis quæ necessaria, & de bona fide. 267. a. de justo titulo. *ibid.* b. Cur prædia provincialia usucapi non potuerint. 268. a. Quæ res usucapionem non recipiunt. 269. b. Error falsæ causæ obstat usucapioni. 275. b.
Usucapionis tempora an apud nos observentur. 269. a. Juris de usucapione constituti ratio. 268. b.
Usus quid sit, quid uti, quæ onera usuarii. 257. b. quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo. 258. a.
Usus servorum. 262. b. jumentorum. 263. a. pecorum. *ibid.* b.
Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest. 249. a. In hoc rerum numero non sunt vestimenta. *ibid.*
Ususfructus amittitur non utendo per modum constitutum. 254. a quanto tempore non utendo amittatur. *ibid.* b. An olim sicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit, 253. a. Extraneo cessus ad proprietatem revertitur. 255. a. Cur mutatione rei extinguatur. 256. b. Quando res mutata aut non mutata intelligatur. *ibid.* a.
Ususfructus quibus modis constituatur. 247. a. testamento constitui ipso jure, inter vivos pactionibus, sed si sequatur traditio. *ibid.* b. quid in definitione ususfructus verbo juris significetur. 244. a. quid sibi velint verba *Sublato corpore*. 247. a. Usumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur pars dominii. 245. a.
Ususfructus definitione non contineri colonum, creditorem ἀντιχρηστὴν. *ibid.* neque maritum, hæredem fiduciarium, emphyteutam, *ibid.* b. Quid in definitione sibi velit *salva rerum substantia*. 246. a.

F I N I S.

IN-

INDEX II.

RERUM ET VERBORUM

IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A

Absolutoria ut judicia, *lib.4.tit.12.in fin.*
de Accrescendi jure inter legitimos hæredes, *lib.3.tit.4.§.ult.*
Actionis definitio, *lib.4.tit.6.in pr.* ¶. Divisio prima in Actiones reales & personales, §. 1. de Actione Confessoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætoriis realibus, 3. Actione Publiciana, 4. Rescissoria, 5. Pauliana, 6. Serviana & Quasi Serviana seu Hypothecaria, 7. Actionibus Prætoriis personalibus, 8. Constitutæ pecuniæ, 9. Peculii, 10. & 36. In factum ex jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13. Condictione furtivæ rei, 14. de Actionum nominibus, 15. ¶¶. Actionum Divisio secunda, §.16. ac de Actionibus Persecutoriis rei, 17 Persecutoriis pœnæ, 18. Mixtis, id est tam in Rem, quàm in Personam, 20. ¶¶. Divisio tertia, §. 21. ac quidem de Actionibus in Simplum, 22. Duplum, 23. Triplum, 24. Quadruplum, 25. ¶. Subdivisio Actionum in Duplum, §.26. in Quadruplum, 27. ¶¶. Divisio quarta, ac quidem de Actionibus bonæ fidei, §. 28. Uxoriæ rei actione, in actionem ex Stipulatu transfusa, 29. Compensationum & Potestatis judicis, in judicio bonæ fidei, 30. & 39. ¶. De Actionibus Arbitrariis, §. 31. ¶¶. Quinta Divisio, ac de Actionib. ratione, Petitionis incertæ quantitatis, §. 32. Pluris Petitionis, 33. Petitionis minoris summæ, 34. Si aliud pro alio petatur, 35. ¶¶. Divisio sexta, ac quidem de Actione Peculii, §. 36. & seq. Item de Dote, §. 37. Item & adversus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem, §. 38. de Actione Compensationum, §. 39. Cessionis bonorum, §. 40.
de Actione Ædilitia concurrente cum actione pauperiei, *lib.4.tit.9* §.1.
ad Exhibendum, *lib. 4. tit. 17.* §. 3. Communi dividundo, §. 5.
Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aquilia, *lib. 4. tit. 3.* §. *ult.*
Actione Exercitoria & Institutoria, *lib.4.tit.7.* §.2. Tributoria, §.3. & directa in patrem & dominum, §.7. itemque de prædictarum actionum concursu, §. *eod.*
Familiæ erciscundæ, *lib.4.tit.17.*§.4.
Finium regundorum, § 6.
Actio *Quod jussu* ut adversus dominum detur ob servi negotium, *lib.4.tit.7.*§.1.
de Actionibus ad hæredes vel in hæredes transeuntibus, *lib 4.tit.12.*§.1.
Noxalibus, *lib. 1.tit.8.pass.*
Perpetuis & Temporalibus, *lib. 4. tit. 12. pass.*
Realibus, *lib.4.tit.17.*§.2.
de Adjudicationis jure & Actione, *lib.4.tit. 17.* §. *ult.*
Adoptionis divisio, *lib.1. tit.11.*§.1. Adoptare qui possint filiumfam. vel non, §. 2. de Adoptantis & Adoptati ætate, 4. de Adoptione in locum nepotis, neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in locum nepotis; vel nepotis in locum filii, 6. Adoptione in locum nepotis, & de nepote in adoptionem dando, 7. in Adoptionem qui dari possint, 8. Adoptare ut spadones possint, castrati non possint, 9. Item nec Fœminæ, 10. de Adoptivo servo, vel filio nominato à domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus una adoptentur, *lib. 1. tit. 11.* §. 11.
Adoptionis ratio in patria potestate, *lib. 1. tit. 12.* §. 8.
in Adoptione si se dederit emancipatus, quid juris successionis ratione, *lib.3.tit.1.* §.10.
Adoptivorum agnatorum in succedendo juris ratio, *lib. 3. tit. 2.* §. 2.
Adoptivorum filiorum & naturalium collatio, *lib. 3. tit. 1.* §. 11.
Adoptivorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2.tit.13.*§.4.
Adquirere quibus personis, vel per quas personas liceat, *lib.2.tit.9.*
Adquirendi modi per donationem, *lib.2.tit.7.*
ut Adquisitio fiat per universitatem, *lib.2.tit.9.* §. 6.
de Adquisitione per adrogationem, *lib.3.tit.11.*
de Adrogati liberis, *lib.1.tit.11.*§.11.
Adrogatione ut adquiratur, *lib.3 tit.11.*
de Adulteriis & eorum judicio, *lib. 4. tit.18.*§.4.
Ædificium ut solo cedat, *lib. 2. tit. 1.*§.29. *& seq.*
de Ædilitia actione, vid. in voce *Actione*.
Æliæ Sentiæ legis capita, *lib. 1. tit. 6. in pr.* §. 1.
de Affinibus ratione nuptiarum, *lib. 1 tit.10.*§ 6.
Agere per quos liceat, *lib. 4. tit.10. in pr.*
Adgnati naturales qui, & eorum jus successionis, *lib.3.tit.2.*§.1.
Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio finitur, *lib. 1.tit.15.*§.1. *& 3.*
de Agnationis gradibus, *lib. 3. tit. 6.* § 8.
Ut non solùm proximi, sed etiam remoti succedant, *lib 3.tit. 2.*§.5.
de Agnationis jure ut hæreditates seu successiones deferantur tam per masculos, quàm per fœmi-

fœminas, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 3.
de Adgnatorum capite minutorum successione, *lib.* 3. *tit.* 5. §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, *ejud. tit.* §. 5.
de Adgnatorum tutela ab intestato, *lib.* 1. *tit.* 15. §. 2. & *tit.* 16. §. 6.
ad quos Adgnatos tutela pertineat, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 7.
Alienare quibus liceat, vel non, *lib.* 2. *tit.* 8.
Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 20.
Alvei jus quale, *lib.* 2. *tit* 1. §. 21.
de Ambitu, & de ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 11.
Animalium fœtus cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 19.
Animalium mansuefactorum domini jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 15. & 16.
de Annona & de ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 11.
Anulorum usus in testamentis signandis, *lib.* 2. *tit.* 10. §. 5.
Apum domini jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 14.
de Aquilia lege, *lib.* 4. *tit.* 3. vide & inf. in voce *Legis Aquiliæ.*
Aquiliæ legis & Capitalis actionis concursus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11.
de Aquiliæ legis actionibus. vid. sup. *Actio.*
de Arbitrariis actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6 §. 31.
Armorum usus, *in princ. proœm.*
ab Augusta dono res vendita, donatione aut alio modo alienata, an usucapi possit, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 9.

B

Bella imperatoris Justiniani, *in proœm.* §. 1.
Bona fide personis possessis ut obligatio acquiratur, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 1.
de Bonæ fidei Actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 28.
de Bonorum cessione, *lib.* 4 *tit.* 6. §. *ult.*
Bona vacantia an usucapi possint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Bonorum possessione contra tabulas & unde cognati, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. & 13.
de Bonorum possessionibus in genere, *lib.* 3. *tit.* 10. Harum ratio & effectus, *in pr. ejusd tit.* Species ordinariæ & Jus vetus, §. 1. Jus novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & tempus, 4. Jus adcrescendi & successorium edictum, 5. Explicatio temporis, 6. & Quomodo peti debeant, *ejusd. tit.* §. *ult.*

C

Cadentia in mare vel flumine rheda currente cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 48.
Capitis deminutionis definitio & divisio, & de ejusdem speciebus, *in princ.* & *lib.* 1. *tit.* 16. §. 1. 2. & 3.
Capitalis actionis & Aquiliæ legis concursus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11.
Captivitatis & postliminii ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 5.
Captorum ab hostibus dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 17.
Casus ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3.
Causæ falsæ error an usucapionem pariat, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 6.
de Cessionis bonorum actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *ult.*
Clavium traditio cujus juris in dominio acquirendo, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 45.
Codicillorum origo, *lib.* 2. *tit.* 25. *in princ.* Causa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de numero testium & solemnitate codicillorum, *eod.* §. 3.
Codicis compositio, *in proœm.* §. 2.
Cœcus an testari possit, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 4.
Cognationis ordinum & graduum collatio, *lib.* 3. *tit.* 7. §. 1.
Cognationis divisio & gradus, *lib.* 3. *tit.* 6. *à princ. ad* §. 8.
de Cognatione servili, *lib.* 3. *tit.* 7. *in princ.*
de Cognatione servili in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 10.
de Cognatorum successione, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 5.
extra Commercium quæ esse dicantur, *lib.* 3. *tit.* 6. §. 1.
Commodata res si subripiatur, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 16.
de Commodati obligatione, *lib.* 3. *tit.* 15. §. 2.
Communis rei obligatio qualis, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 3.
de Communi dividundo judicio & actione, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 5.
de Compensationum actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 30. & 39.
de Conditione impossibili adjecta institutioni, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 10. Item de Conditionibus pluribus adjectis, *eod.* §. 11.
Conditiones ut infirment obligationes, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 6.
de Conductoris morte, *lib.* 3. *tit.* 25. §. *ult.*
Conductor quid præstare debeat, *lib.* 3. *tit.* 25. §. 5.
de Conductione & Locatione, *lib.* 3. *tit.* 25. *pass.*
ex Consensu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib.* 3. *tit.* 12.
de Consobrinis & Comprivignis in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 4. & 8.
de Constitutione, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 6.
de Contrahentium morte, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 24.
de Conventione mercedis, *lib.* 3. *tit.* 25. *in princ.*
Creditori si pignus subripiatur, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 14.
Creditor debitoris bona ut alienare possit, *lib.* 2. *tit.* 8. §. 1.
Culpa ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3. & 14.
Curator cavere nolens, quid juris, *lib.* 1. *tit.* 24. §. 1. An uxori suæ datus maritus se excusare possit, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 19.
Curatores qui esse possint, item qui & à quibus dentur, *lib.* 1. *tit.* 23. *pass.* Qui satisdare non coguntur, & quatenus in iis qui satisdare non cogun-

cogantur, satisdatio locum habeat; itemque qui ex curationis administratione teneantur vel non, *lib.1.tit.24.pass.*
Curatores quibus modis constituantur, *lib.4.tit.* 10.§.2.
de Curatorum propriis excusationibus, *lib.1.tit.* 25 §.18. De Curatore & Cura plura in vocib. *Tutor & Tutela*.
Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, ut ob damnum teneatur, *lib.4. tit.3.§.5.*

D

Damnum occisionis qua actione persequi liceat, *lib.4.tit.3.§.11.* Vindicari, §.13. *eod.*
Damni actio ut etiam in hæredes transeat, *lib.4. tit.3.§.9.*
Æstimatio qualis, *lib.4.tit.3.§ 9.10.& seq.ac* §.15. Injuriæ actio ut constituatur per legem Aquiliam, *lib.4.tit.3.in pr.* De damno quadrupedis, quæ pecudum numero est, §.1. *eod.*
de Damno Filiifamil. seorsum à patre habitantis, *lib.4.t.t.5.§.2.*
de Damno aut Furto in navi, caupona, aut stabulo commisso, *lib.4.tit.5.§.ult.*
de Damno dejectorum seu effusorum, *lib.4.tit.5. §.1.*
In Dejectis seu Effusis quid juris observandum, *lib.4.tit.3.§.1.*
de Deliberandi jure, *lib.2.tit.19 §.5.*
Deportationis ratio in patria potestate, *lib.1.tit.* 12.§.1.
Depositum si subripiatur, quid juris, *lib.4.tit.* 1.§.17.
de Depositi obligatione, *lib.3.tit.15.§.3.*
pro Derelicto rerum habitarum jus quale in dominio acquirendo, *lib.2.tit.1.§.47.*
Dignitatis ratio in patria potestate, *lib.1.tit.12. §.4.*
de Dignitatis mutatione ratione capitis deminutionis, *lib.1.tit.16.§.5.*
de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib.4. tit.3.§.16.seu ult.*
Dolus, & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib.4. tit.3.§.3 & 14.*
de Doli exceptione, *lib 4 tit.13.§.1.*
Dominii acquirendi juris ratio, *lib.2.tit.1.tot.*
adversus Dominum ut actio detur ob servi negotium, *lib.4.tit.7.§.1.*
Donationis duo genera, mortis causa, & non mortis causa, quæ posterior, aut simplex inter vivos vel propter nuptias, *lib.2.tit.7.§.1.2. & 3. in princ.*
de Dotis actione, & ut ob impensas in res dotales à marito factas uxoris dos minuatur, *lib.4. tit.6.§.37.*
de Duplicationis jure, *lib.4.tit.14.§.1.*

E

in Effusis seu dejectis quid juris, *lib.4.titul.5. §.1.*

Emancipare filios an patres cogantur, *lib.1.tit.* 12.§.10.
Emancipationis ratio in patria potestate, *lib.1.tit.* 12.§.6.
Emancipatione liberorum ut parentibus acquiratur, *lib.2.tit.9.§.2.*
Emancipatus si se dederit in adoptione, quid juris successionis ratione, *lib.2.tit.1.§.10.*
post Emancipatum filium vel in adoptionem datum nepotis nati ratio in patria potestate, *lib.1 tit.12.§.9.*
Emancipatorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2.tit.13.§.3.*
Emancipatorum liberorum juris succedendi ratio, *lib.2.tit.1.§.19.*
de Emancipatis ratione tutelæ, *lib.1.tit.13.§.5.*
de Emphyteusi, *lib.3.tit.25 §.3.*
de Emptione & venditione, *lib.3.tit.34.* ac quidem de Emptione conditionali, §.4. Pura, *in pr.* Rei quæ non est in commercio, *ejusd.tit.§.ult.* Differentia Emptionis & Permutationis, *ejusd. tit.§.2.* de Pretii conventione, atthis & scriptura, *in pr.* Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collocato, §.1.& in quibus consistat pretium, *ejusd.tit.§.2.*
Emptionis & Locationis collatio, *lib.3.tit.25.in princ.*
quæ Exceptiones prosint, vel non prosint fidejussoribus, *lib.4.tit.14.§.14.*
de Exceptionibus, ac quidem earum ratio, *lib.4. tit.13.in pr.* Exemplar veluti, Quod metus causa, de dolo, & in factum, §.1. de Pecunia non numerata, 2. de Pacto, 3. de Jurejurando, 4. Re judicata, 5.& Cæteris except. 6. ac quoque earumdem Divisiones, 7. & 8. item de Exceptionibus Dilatoriis, 10. Dilatoriis ex persona, 11.*seu ult.* de Peremptoriis, *eod.tit* §.9. Plura de Exceptionibus, vid. & *ejusd.lib.4.tit.14.* §.3.
de ad Exhibendum actione seu judicio, *lib.4.tit.* 13.§.3.

F

de in Factum actione ex jurejurando, *lib.4. tit.6.§.11.*
in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib.4. tit.3.§.ult.*
de in Factum exceptione, *lib.4.tit.13.§ ult.*
Falcidiæ legis scopus, nexus & ratio, *lib.2.tit.10. in princ.* de Hæredibus pluribus institutis, § 1. Quo tempore spectetur quantitas patrimonii, ad quam ratio hujus legis redigitur, 2. & Quæ ante Falcidiam detrahantur, § 3.*seu ult.*
Falsæ causæ error an usucapionem pariat. Vide *Causa*.
de Falsis & de eorum judicio, *lib.4.tit.18.§.7.*
Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib. 2.tit.1.§.12.& 13.*
Fide bona possessis personis, ut obligatio nobis acquiratur, *lib.3.tit.29.§.1.*

de Fideicommissariis hæreditatibus, *lib.2.tit.23.*
de Fideicommissi probatione, *lib. 2.tit.23.§.12.*
de Fideicommisso hæredis scripti, *lib.2.tit.23.§.2.* hæredis ab intestato, §. 10. relicto à fideicommissario, §. 11. *eod.*
Fideicommissorum & Legatorum collatio, *lib. 2. tit.20.§.3.*
de Fideicommissorum verbis, *lib.2.tit.24.§.3.*
per Fideicommissum quæ relinqui possint. *lib. 2. tit. 24. in pr.* §. 1, & 2.
Fidejussores cur accipiantur, *lib.3.tit.21.in pr.* in quibus obligationibus, §. 1. ut hæredes relinquant obligatos. 2. Si Fidejussor præcedat vel sequatur obligationem, quid juris. 3. de pluribus fidejussoribus. 4. In quam summam obligatus sit fidejussor. 5. de Fidejussoris actione adversus reum. 6. si Fidejussor Græcè accipiatur, quid juris. 7. Quid item si scriptum sit aliquem fidejussisse, §. *ult. eod.*
de Fidejussorum exceptionibus, *lib.4.tit.14.§.4.*
Filiusfam. an testari possit, *lib. 2. tit. 12. in pr.*
ob Filiifamil. dominium ut non teneatur pater, *lib. 4. tit. 5. §. 2.*
ob Filiifamil. negotium gestum ut teneatur pater, *lib. 4. tit. 7. §. 6.*
Filii ab hostibus reversi post mortem patris succedendi ratio, *lib. 3. tit. 1.§ 4.*
Filii sororum ut agnationis jure succedant, *lib. 3. tit. 2. §. 4.*
Filiorum naturalium & adoptivorum collatio successionis ratione, *lib. 3. tit. 1. §. 11.*
de Finium regundorum actione seu judicio, *lib.4. tit. 17. §. 6.*
Fiscalis res an usucapi possit, *lib.2.tit.6.§.4.*
à Fisco res aliena empta, donata, aliove modo tradita, ut usucapiatur, *lib. 2. tit.6.§.9.*
ad Flumen pertinentia cujus juris, *lib 2.tit.1.§ 10.*
Fluminis vis, cujus juris, *lib.2.tit.1.§.21.*
Flumina juris publici, *lib. 2. tit.1.§.2.*
Fœminæ ut adoptare nequeant, *lib.1.tit.11.§.19.*
si Forma alicui detur facienda, an dicatur Emptio seu Conductio contracta. *lib.3.tit.25.§. 4.*
Fructuum perceptio cujus juris. *lib. 2. tit. 1.§. 38.*
Furiosus an testari possit, *lib. 2. tit. 1.§.1.*
Furti definitio, *lib.4.tit.1.§.1.* Etymologia, §.2. Divisio seu Genera: ut puta Furtum Manifestum, nec Manifestum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum: de quibus, §. 3. & 4. Furti pœna. 5. ejus Forma, seu ut ipsum fiat, *6.* & 8. de Furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat, *9.* An de liberis hominibus, *ibid.* De Re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & consilio, *ibid.* Furtum an committant in potestate existentes, vel ope & consilio alterius utentes, §. 12. Furti actio quibus detur, 13. de Furto commisso in pignore penes creditorem, 14. penes fullonem, sarcinatorem vel bonæ fidei emptorem seu possessorem, 15. Commisso in Commodato, *16.* in Deposito, 17. Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, §. 19. de ejusdem actionibus affinibus, §. *ult.*
Furtivæ res aut vi possessæ an usucapi possint, *lib. 2. tit. 6. §. 2. & 3.*
de Furto in caupona, navi aut stabulo facto, *lib. 4. tit. 1. §. ult.*

G

Gallinarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 16.*
Gradus institutionis & substitutionis ut plures, *lib. 2. tit. 15. §. 1. in pr.*

H

Habitationis jus quale, *lib.2.tit.5.§.5.*
si Hæres servus institutus in eadem causa manserit vel non, quid juris, *lib. 2. tit. 14.§.1.*
Hæredis instituendi modi, *lib.2.tit.14.§.9.*
Hærede instituto servo plurium quid juris, *lib. 2. tit. 14. §. 3.*
Hæredes institui qui possint, *lib.2.tit.14.in princ.* de Hæredum numero, §.4. de singulorum portionibus, §. *6. eod.*
An institui possint quos numquam testator vidit, *lib. 1. tit. 14. §. ult.*
in Hæredes vel ad Hæredes ut transeant actiones, *lib. 4. tit. 12. §. 1.*
Hæredum legitimorum Primus ordo, *lib 3.tit.1, §.1.* Secundus, *lib.2.in pr.* Tertius, *lib.3.tit. 5. ejusd.*
Hæredum gradus ut plures constitui possint tam in institutione quàm substitutione: & de numero Hæredum in singulis gradibus, *lib.2.tit 15. in princ. §. 1.*
de Hæredum qualitate & differentia, *lib.2 tit.19.* ac quidem Hæredum divisio quæ, *in pr. d. tit.*
de Hæredibus extraneis, & qui, *lib. 2. tit.19.§.3.*
de Hæredibus necessariis, §. 1. & de Suis, §. 2. *eod.*
Hæreditarii servi jus, *lib. 2. tit.14.§.2.*
Hæreditatis aditionis obligatio qualis, *lib. 3. tit. 28. §. 5.*
Hæreditatis assem si non diviserit testator, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit, quid juris, *lib.2 tit.13.§.6.* Quid item si pars vacet aut desit, §.7. Si plures unciæ quàm duodecim distributæ sint, *eod. §. 8.*
de Hæreditatis divisione, *lib. 2. tit. 14. §.1.*
Hæreditatis communis obligatio qualis, *lib.3.tit. 28. §. 4.*
de Hæreditatis restitutionis effectu, *lib.2.t.23.§.3.*
de Hæreditate acquirenda vel amittenda, *lib. 2. tit. 19. §. 6.*
de Hæreditatibus ab intestato, *lib. 3. tit. 1.*
Hæredes Sui, qui, *lib. 3. tit. 1. §. 2.*
de Hæreditatibus Fideicommissariis, *lib.2.tit.23.*
Homicidii quæ vindicatio seu persequutio ex lege Aquilia, *lib. 4. tit. 3. pass.*
de Homicidiis, ac quidem de eorum judicio, *lib.4. tit. 18. §. 5.*
apud Hostes testamentum an facere liceat, *lib. 2. tit. 12. §. 5.*
de Hypothecaria actione, *lib. 4. tit. 6.§.7.*

Jacta

I

Jacta in mare seu flumine navis levandæ causa cujus juris, *lib.2.tit.1.§.48.*
Jaculis lædens, vulnerans, vel occidens, ut teneatur vel non teneatur, *lib.4.tit.3.§.4.*
Ignominiosi ut fiant litigantes ex judiciis quibusdam, *lib 4 tit.16.§.2.*
Imperitia ut culpæ annumeretur damni ratione, *lib.4.tit.3.§.7.*
Impubes an testari possit, *lib.2.tit.12.§.1.*
de Indebito soluto, *lib.3.tit.15.§.1.* & *lib.3.tit.28.§.6.*
Infamia ut temere litigantibus irrogetur, *lib.4.tit.16.§.2.*
Infirmitas ut culpæ annumeretur damni contingentis ratione, *lib 4.tit.3.§.8.*
Ingenui definitio, *lib.1.tit.4.in pr.*
Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, *lib.4.tit.3.§.2.*
de Injuriis, ac quidem quot modis accipiatur injuria, *lib.4.tit.4.in pr.* Quibus modis fiat, §.1. Quis & per quos patiatur, 2. de injuria parentum & liberorum, Viri & Uxoris, Soceri & Nurus, §.2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. tabul. & jure Prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æstimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur, 11. Harum actio ut tollatur, *§. ult eod.*
Insulatum dominii jus quale, *lib.2.tit.1.§.21.*
Institutionum compositionis tempus, auctores, finis, & utilitas, *§.3.in proœm.* Earum divisio, §.4. Quid in iis contineatur, 5. Ex quibus libris compositæ, earumque recognitio & confirmatio, *6. eod.*
de Interdictorum jure, ac quidem eorum Definitio, *lib.4.tit 15.in pr.* Divisiones, §.1.2.& 7. de Interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis, 3.4.5.& 6. item de eorumdem ordine, ac vetere exitu seu ritu, *§. ult. eod.*
Intestati definitio, *lib.3.tit.1.in pr.* & de Hæreditatibus ab intestato delatis, vid. *pass. tot.d.tit.*
de Inventarii jure seu beneficio, *lib.2.tit.19.§.5.*
Inundatio cujus juris, *lib.2.tit.1.§.24.*
de in Jus vocando, *lib.4.tit.16.§.3.seu ult.*
de In rem verso, *lib.4.tit.7.§.4.*
si Judex litem suam fecerit, quid juris, *lib.4.tit.5.in princ.*
de Judicis officio, *lib.4.tit.17.pass.* ac quidem in genere, *in pr.* De ejus potestate in judicio bonæ fidei, *lib.4.tit.6.§.30.*
Judicia ut absolutoria, *lib 4.tit.12.in fin.*
de Judiciis publicis: ac quidem eorum Differentiæ à privatis, *lib.4.tit.18.in pr* Etymologia, §.1 Divisio, 2. Exempla veluti de Majestate læsa, 3. Adulteriis, 4 Sicariis seu Homicidis, 5. Parricidiis, 6. Falsis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Repetundis, Annona, & Residuis, §. 11.
de Judicio noxali, *lib.4.tit.17.§.1.*
de Judicatæ rei exceptione, *lib.4.tit.13.§.5.*
Juris adcrescendi ratio, *lib.2.tit.7.§.4.*
Juris Divisio in Mutabile & Immutabile, *lib.1.tit.2.§.11.* in Scriptum & Non scriptum, & Juris scripti subdivisio, *lib.1.tit.2.§.3.& 10.*
Juris methodus & præcepta, *lib.1.tit.1.§.2.& 3.*
ad Juris studium adhortatio, *§.7. in proœm.*
de Juris objectis, *lib.1.tit.2.§.12.*
Juris Gentium, & Civilis distinctio à Definitione & Etymologia, *lib.1.tit.2.§.1.* ab appellatione, & effectibus, *§.2. eod.tit.*
de Jure Civium Romanorum in servos, *lib.1.tit.8.§.2.*
de Jure Gentium in servos: & ut eo jure servitutes introductæ, *lib.1.tit.8.§ 1.*
de Jure Honorario, *lib.1.tit.2.§.7.* Naturali, *lib.1.tit.2.in princ.* Non scripto, *d.lib.1.tit.2.§.9.* Publico & privato, *lib.1.tit.1.§.4.*
de Jurisjurandi exceptione, *lib.4.tit.11.§.4.*
Jurisjurandi usus penes litigantes, *lib.4.tit.16.§.1.*
Jurisprudentiæ definitio, *lib.1.tit.1.§.1.*
Justitiæ definitio, *lib.1.tit.1.in pr.*
Justiniani addita constitutio, qua supplentur casus rescripto Divi Marci de successione libertatis causa, *lib.3.tit.12.§.1.*
Justiniani leges & bella, *§.1. in proœm.*

L

Legandi modus & ratio, *lib.2.tit.20.§.34.*
Legatarius si proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit, quid juris, *lib.2.tit.20.§.9.*
de Legatarii re, *lib.2.tit.20 §.10.*
Legatum factum servo hæredis an utile, *lib.2.tit.20.§.32.* item & hæredis domino, *§.33.eod.*
Legatum si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur, quid juris, *lib.2.tit.20.§. ult.* & *pass. tit.21.*
Legatorum & Fideicommissorum collatio, *lib.2.tit.20 §.3.*
de Legatis, *lib.2.tit.20.* ac quidem Legati definitio, §.1. de Legatorum antiquis generibus sublatis, 2. Legata re, ut puta Testatoris, Hæredis, aliena & cujus non est commercium, 4. item de legata re pignerata, 5. de aliena re post testamentum à Legatario acquisita, 6. Eadem re duobus legata, 8. Re Legatarii, 10 Alienatione vel oppigneratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legatæ, 16. Interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Ædibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis personis tam ex jure veteri quàm novo: & quid juris in relicto posthumo alieno, 25, 26, 27, & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falsa demonstratione legatæ rei, 30. Falsa causa adjecta legato, 31. Ordine scripturę in legato, 34. Legato post mortem hæredis vel legatarii, §. 35 *eod.tit. de legat.*

de Legatis rebus, quæ non sunt in rerum natura, lib. 2. tit. 20. §. 7.
Legari quibus possit, lib. 2. tit. 20. § 24.
si Legaverit quis rem suam quasi non suam, quid Juris, lib. 2 tit. 20. §. 11.
ex lege Cornelia, quæ Injuriarum pœna, lib. 4. tit. 4. § 8.
de Lege duodecim Tabul. & jure prætorio ratione successionum, in princ. lib 3. tit. 3. & in princ. lib. ejusd. tit. 8.
ex Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio, quæ Injuriarum pœna, lib. 4. tit. 4. §. 7. Quæ actio detur, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, in pr. lib. 4. tit. 9.
Ex Lege Papia quale jus successionis, lib. 3. tit. 8. §. 2.
de Lege & Plebiscito, lib. 1. tit. 2. §. 4.
Legis Aquiliæ summa, in princ. lib. 4. tit. 3. Primum caput cavens De Homicidio & occisione, ibid. Secundum ut in desuetudinem abierit, §. 12. verùm Cujac. existimat fuisse cavens De quavis alia ratione damni dati, quàm aliis capitibus traditur: etiam si non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis forte utilitas quædam, ut exemplo esse poterit Actio illa adversus piscatorem socium agitata, cujus meminit Plin. lib. 9. cap. 59. Tertium verò caput, adhuc in usu, cæterarum rerum est præter hominis & pecudis occisionem, cavens De vulneratione, aut occisione aliorum animalium, quomodo scil. id genus damna vindicentur, §. 13. eod.
Legis Juliæ & Titiæ ratio Tutelæ, lib. 1. tit. 20. §. 3.
de Lege Fusia Caninia, lib. 1. tit. 7.
Legum usus, In princ. proœm.
Leges Justiniani, §. 1. ibid.
de Legitimatione liberorum, lib. 1. tit. 10. §. 13.
Liberi ut in potestate parentum, in princ. lib. 1. tit. 9.
Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem Tutelæ ratione, lib. 1. tit. 14. §. 5.
Liberorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, pass. lib. 2. tit. 13.
per Liberos homines ut adquiratur, lib. 2. tit. 9. §. 5.
de Liberis & parentibus in nuptiis, lib. 1. tit. 10. §. 1.
de Liberis in potestate ratione tutelæ, lib. 1. tit. 13. §. 3. Liberis in potestate ut adquiratur, lib. 2. tit. 9. §. 1.
Libertas ut fideicommisso relinqui possit, lib. 2. tit. 23. §. 2
Libertatis definitio, lib. 1. tit. 3. §. 1. Libertatis causa ut bona addicantur, lib. 3. tit. 12.
de Libertate in Testamento vel codicillis relicta, lib. 3. tit. 12. §. 3.
Libertates si datæ non sint, quid juris: & de Divi Marci rescripto de successione, lib. 3. tit. 12. §. 6.
Libertinorum definitio, origo, & de differentia eorum, in princ. & lib. 1. tit. 5. §. 3.
de Libertorum successione, lib. 3. tit. 8. pass. & Adsignatione, lib. 3. tit. 9.
de Litterarum obligationibus, lib. 3. tit. 22. de Litterarum imperitia, lib. 1. tit. 25. §. 8.
de Litigantium temere pœnis, lib. 4. tit. 16. pass.
Littoris definitio, lib. 2 tit. 1. §. 3.
in Littore res inventæ cujus juris, lib. 2. tit. 1. §. 18.
Littora ut juris communis, lib. 2. tit. 1. §. 2.
de Locatione & Conductione, lib. 3. tit. 25.
Locationis & Emptionis collatio, in princ. lib. 3. tit. 25.

M

de MAcedoniano Senatusconsulto, lib. 4. tit. 7. §. 7.
de læsæ Majestatis judicio, lib. 4. tit. 18. §. 3.
Mancipii definitio, lib. 1. tit. 3. §. 3.
Mandati divisio à fine, in pr. l. 3. tit. 17. si Mandantis gratia mandetur, quid juris, §. 1. si Mandantis & mandatarii, 2. si aliena, 3. si Mandantis & aliena, 4. si Mandatarii & aliena, 5. si Mandatarii, 6. De Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis Mandatum solvatur, 9. de Mandati revocatione, dict. §. 9. si Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & sub conditione fieri possit Mandatum, 12. & 13.
Manumissionis definitio & origo, in princ. lib. 1. tit. 5.
de Manumissione facti, lib. 1. tit. 4. §. 1. de Manumissione, ratione capitis diminutionis, lib. 1. tit. 16. §. 4.
Manumittere in fraudem creditorum quid, lib. 1. tit. 6. §. 3.
Manumittendi quæ justæ causæ, & de veteris modi abrogatione, lib. 1. tit. 6. §. 5. & 7. Manumittendi servi testamento ratio ex lege Fusia Caninia, lib. 1. tit. 7.
de Manumittente in fraudem creditorum regula, in pr. lib. 1. tit. 6.
Manumitti quibus modis, ubi & quando possit, lib. 1. tit. 5. §. 1. & 2.
Divi Marci rescriptum De addictione bonorum libertatis causa, ejusdem utilitas, & in quibus casibus locum habeat, à princ. lib. 3. tit. 12. ad §. 4. item Justiniani additio ad ipsum rescriptum, §. ult. eod. tit.
in Mare jacta navis levandæ causa, cujus juris, lib. 2. tit. 1. §. 48. ad Mare pertinentia, cujus juris, lib. 2. tit. 1. §. 20.
Maritus an uxori suæ curator datus, se excusare possit, lib. 1. tit. 25. §. 19. Maritus uxoris bona an alienare possit, in pr. lib. 2. tit. 8.

de Ma-

de Mariti & uxoris injuria, *lib. 4. tit. 4* §. 2.
Mater ut ad bona vulgo quæsitorum succedat, *lib. 3. tit. 3.* §. *ult.*
Materia ut solo cedat, *lib. 2. tit. 1.* § 29. *&* 30.
Materiarum confusarum seu immixtarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1.* §. 27. *&* 28.
de Memoria patris damnata ob crimen perduellionis, *lib. 3. tit. 1.* §. 5.
de Mercedis conventione in locatione, ac de Mercede collata in arbitrium alienum, *in pr. & lib. 3. tit. 25.* §. 2.
de Quod metus causa exceptione, *lib. 4. tit. 13.* §. 1.
Missilium jus quale in dominio acquirendo, *lib. 2. tit. 1.* §. 46.
Mortis seu morientium ratio in patria potestate, *lib. 1. tit. 12. in pr.*
Morte conductoris interveniente, quid juris, *lib. 3. tit. 25.* §. *ult.* Morte contrahentium interveniente, quid juris, *lib. 3. tit. 20.* § 24.
de Mutui obligatione, *lib. 3. tit. 15. in pr.*
Mutus an testari possit, *lib. 2. tit. 12.* §. 3.

N

ob Negotium gestum cum eo qui in alterius est potestate, quæ detur actio, *lib. 4. tit. 7. pass.*
Negotiorum gestionis obligatio qualis, *lib. 3 tit. 28.* §. 1.
Nepotis nati post mortem avi, succedendi ratio, *lib. 3. tit.* 1. §. 8.
Noxa & Noxia quid, & quæ, qualesve noxales actiones, *in pr. & lib. 4. tit.* 8. §. 11. Harum item actionum ratio, §. 2. Origo, §. 4. Qui noxali actione conveniantur, 5. Noxæ deditionis effectus, 3. Noxiam si commiserit servus domino, vel è contra, 6. & an filius vel filiafamil. noxæ dedantur, §. *ult.* ubi ostenditur Noxales hujusmodi actiones in servos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, *lib. 4. tit. 17.* §. 1.
Nuptiarum definitio, *lib. 1. tit. 9.* §. 1. Nuptiarum injustarum pœnæ, *lib. 1. tit. 10.* §. 12. Nuptias qui contrahere possint, *lib. 1. d. tit. 10. in pr.* Inter quas personas prohibitæ vel permissæ, *eod. tit. &* §. 1. 2. 3. 4. *& seq.*

O

Obligatio per quas personas nobis acquiratur, *lib. 3. tit.* 19. Ut in potestate existentibus, *in princ.* Bona fide possessis, §. 1. Servo fructuatio, vel usuario, §. 2. & Servo communi, §. 3.
Obligatio quibus modis re contrahitur, *lib. 3. tit. 15.* Ut tollatur acceptilatione, *lib. 1. tit. 30.* §. 1. Aquiliana stipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario consensu, §. 4. Novatione, §. 3. & solutione, *d. tit. in pr.*
Obligationes ut infirment conditiones adjectæ, *lib. 3. tit. 16.* §. 6.
de Obligationum effectu, quibus duo rei constituuntur, *lib. 3. tit. 17.* §. 1.
de Obligationibus ex consensu, *lib. 3. tit. 23.* ex delicto nascentibus, *lib. 4. tit. 1. pass.* Earum divisio, *in princ. eod.* ex Quasi contractu nascentibus, *lib. 3. tit. 28.* vi Negotiorum gestorum. §. 1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hæreditatis, 4. Aditionis hæreditatis, 5. & Solutionis, indebiti, 6. itemque Ex quasi delicto nascentibus, *lib. 4. tit. 5. pass.*
de Obligationibus in genere, *lib. 3. tit. 14.*
de Obligationibus Literarum, *lib. 3. tit. 22.* Verborum, *lib. 3. tit. 16.*
Occidens seu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, *lib. 4. tit. 3* §. 3. *& pass.*
Occisionis damnum ut persequi liceat, & qua actione, *lib. 4. tit. 3.* §. 11. Occisionis injuriosæ actione ut agatur: seu occidens injuria, ut quis teneatur, *lib. 4. tit. 3.* §. 2.

P

de PActi exceptione, *lib. 4. tit. 13.* §. 3.
Pandectarum compositio, §. 2. *in proœm.*
adversus Parentem qua actione uti liceat, *lib. 4. tit. 6.* §. 38.
Parentes an cogantur filios suos de potestate dimittere, seu emancipare, *lib. 1. tit. 12.* §. 10.
de Parentum & liberorum injuria, *lib. 4. tit. 4.* §. 2.
de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, *lib. 1. tit. 10.* §. 1.
de Parricidiis, & eorum judicio, *lib. 4. titul. 18.* §. 6.
de Patre ratione tutelæ, *lib. 1. tit. 14. in princ.*
Patriæ potestatis diversa ratio & jus, *lib. 1. tot. tit. 12.*
de Patris memoria damnata ob crimen perduellionis, *lib. 3. tit. 1.* §. 3.
adversus Patronum ut agere liceat, *lib. 4. tit. 6.* § 38.
de Pauliana actione, *lib. 4. tit. 6.* §. 6.
de Pauperiei actione, *lib. 4. tit. 9.* §. 1.
de Peculatu, & ejus judicio, *lib. 4. tit. 18.* §. 9.
de Peculii actione, *lib. 4. tit. 6.* §. 10. *&* 36. de Peculio & In rem verso, *lib. 4. tit. 7.* § 4.
de Pecunia constituta, *lib. 4. tit. 6.* §. 9. de Pecuniæ non numeratæ exceptione, *lib. 4. tit. 3.* §. 2.
Pecuniaria pœna ut litigantibus temere imponatur, *lib. 4. tit. 16.* §. 1.
Permutationis & Emptionis differentia, *lib. 3. tit. 24.* §. 2.
Personarum Divisio, *lib. 1. tit. 3. in princ.* Subdivisio, *eod. tit.* §. 5. Item Divisio alia, *lib. 1. tit. 8. in pr.*

Personis bona fide possessis ut obligatio nobis acquiratur, *lib.3.tit.29.§.1.*
de Personis sui juris ratione tutelæ, *lib.1. tit. 13. in princ.*
de Petitione incertæ quantitatis, Pluris petitione, & de Minoris summæ petitione, *lib. 4. tit. 6. §. 32. 33. & 34.*
si Petatur aliud pro alio, quid juris, *lib. 4. §. 35. 36.*
Picturæ dominii jus quale, *lib.2.tit.1.§.34.*
Pignus si subripiatur creditori, quid juris, *lib.3. tit. 1. §. 14.*
de Pignoris obligatione, *lib.3.tit.13.§.4.*
de Plagiariis, & eorum judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 20.*
Plantationis dominii jus quale, *lib. 2. tit. 3. §. 31.*
de Plebiscito, *vide* Lege.
de Pœna adjecta stipulationi Alii dari, *lib. 3. tit. 20. §. 18.* & de Adjecta promissioni facti alieni, *eod. tit. §. 20.*
de Pœnæ & rei persecutoriis actionibus: item & de mixtis, *lib. 4. tit. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*
de Pœnis temere litigantium, *lib. 4. tit. 16. pass.*
de Pœnalibus actionibus, *lib. 4.tit.6.§.12.*
Portus juris publici, *lib.2.tit.1.§.2.*
in Positis damnosis quid juris, *lib. 4. tit. 5. §. 1.*
Possessionis accessio an usucapionem pariat, *lib.2. tit. 6. §. 7.* de Possessionis adipiscendæ & retinendæ interdictis, eorumque adfinibus remediis, *lib.4.tit.15.§.3.4.5.& 6.*
de Possessionibus bonorum, *lib.3.tit. 10.*
Posthumorum vel quasi posthumorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2. tit. 13. §. 1.*
de Posthumis ratione tutelæ, *lib.1.tit.13.§. 4.*
Postliminii & captivitatis ratio in patria potestate, *lib.1.tit.12.§.5.*
in Potestate existentibus ut obligatio acquiratur, *lib. 3. tit. 29 in princ.*
in Potestate qui habeant, & qui sint, *lib.1.tit.9. §. 2. & 3.*
de Præjudiciorum actionibus, *lib. 4. tit. 6. §.13.*
Pretium venditionis in quibus consistat, *lib.3.tit. 24.§.2.* de Pretii conventione, arrhis, & scriptura, *d.tit.in princ.* & de Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, *§. 1. eod.*
Procurator quibus modis constituatur, *lib. 4. tit. 10. §. 1.* Ut & quando pro partibus actore scilicet sive reo satisdare compellatur, *lib. 4. tit. 11. §. 3. & seqq.*
Prodigo an testari liceat, *lib. 2. tit. 12. §. 2.*
de Promissione in Instrumento scripta, *lib. 3. tit. 20. §. 16.*
Proximitas in succedendo quo tempore spectetur, *lib.3.tit.2.§.6.*
de Prudentum responsis, *lib. 1. tit.2.§.8.*
de Publiciana actione, *lib.4.tit.6.§.4.*
Pupillus ut bona sua alienare non possit sine tutoris authoritate, *lib.2.tit.8.§.2.*
Pupillaris substitutionis juris ratio, *lib.2. tit.16. pass.*

Q

QUadrupedis occisio vel damnum ut vindicetur, *lib.4.tit.3.§.1.& 13. & seq.*
de Quadrupedis pauperiei actione, *lib. 4. tit. 9. §. 1.*
de Quarta relinquenda hæredibus, *lib. 2. tit. 18. §. ult.*

R

de RAptorum vi bonorum, *lib.4.tit.2.*
de Realibus actionibus, *vid.* Actionibus.
Relegationis ratio in patria potestate, *lib.1.tit.12. §. 2.*
de Repetundis, & eorum judicio, *lib. 4.tit.18. §. 11.*
de Replicationis jure, *lib. 4. tit.14.in princ.*
Res Corporales & Incorporales quæ, *lib.2.tit.2.*
Res fiscales an usucapi possint, *vid. sup.* Fiscales.
Res furtivæ aut vi possessæ an usucapi possint, *lib.2.tit.6. §. 2.*
Res naturali jure communes hæ: aer, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in littore posita, *lib.2.tit.1.§.1.*
Res publicæ hæ: flumina & portus, *lib. 2. tit. 1. §. 2.*
Res sua an condici possit, *lib.4 tit.6.§.14.*
Res universitatis, nullius, sacræ, sanctæ, religiosæ, & singulorum, quæ, *lib.2.tit.1.§.6.7. 8. 9. 10. & 11.*
de Rei & pœnæ, item & de mixtis persecutoriis actionibus, *lib. 4. tit. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*
de Rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, *lib.4.tit.6.§.29.*
Rei duo stipulandi & promittendi, quibus modis fieri possint, *lib 3.tit.17.in princ.*& Ut alius pure, alius in diem vel sub conditione obligetur, *§ ult. eod.*
de Rei judicatæ exceptione, *lib.4 tit.13.§.5.*
Rerum divisio duplex, *lib. 2.tit.1.in princ.*
de Rescissoria actione, *lib.4.tit.6.§.5.*
Rescriptum divi Marci de successione libertatis causa, *vid. sup. in voce* Marci.
Riparum usus & proprietas ut juris publici, *lib. 2. tit. 1. §. 4.*
Ruptum quid, & de ejus actione, *lib. 4.tit.3. § 13.*
de Restitutione in integrum, penes constitutionem Divi Marci de successione bonorum libertatis causa, *lib. 3. tit. 12. §. 3.*

Suio-

S

Sationis dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 32.* de Satisdatione Tutorum vel Curatorum, *lib. 1. tit. 24. pass.*
Satisdationum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & Personali, *lib. 4. tit. 11. §. 1. in princ.* Earumdem Jus novum, ac quidem de Reo, §. 2. Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præsentis, 4. rei absentis, 5. Unde hæc forma discenda, 6. Unde petenda, §. *ult. eod.*
si Satisfecerit reus actori pendente judicio, quid juris, *lib. 4. tit. 12. §. ult.*
Scripturæ dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 33.*
de Scripturæ ordine in legatis, *lib. 2. tit. 20. §. 34.*
de Senatusconsulto, *lib. 1. tit. 2. §. 5.* ac quidem de Claudiano penes successiones sublatas, *lib. 3. tit. 13.*
Macedoniano, *lib. 4. tit. 7. §. 7.* Orphitiano, ejus scil. origine, & summa, *lib. 3. tit. 14. in princ.* Pegasiano, *lib. 2. tit. 23. § 5. & seq.* Hujus Senatusconsulti transfusio in Trebell. §. 7. *eod.* de Tertylliano, *lib. 3. tit. 3. §. 2.* Trebelliano, *lib. 2. tit. 23. §. 4. & seqq.*
de Serviana & quasi Serviana actione, *lib. 4. tit. 6. §. 7.*
Servus cui stipuletur & adquirat, *lib. 3. tit. 18. §. 1.*
Servus fugitivus an usucapi possit, *lib. 2. tit. 6. § 1.*
de Servi corrupti actione, *lib. 4. tit. 1. §. 8.*
Servi etymologia, *lib. 1. tit. 3. §. 3.* ob Servi negotium gestum ut adversus dominum detur actio, *lib. 4. tit. 7. §. 1.*
Servi ut constituantur, *lib. 1. tit. 3. §. 4.*
Servitutis definitio, *lib. 1. tit. 3. §. 2.* Servitutis pœnæ ratio in patria potestate, *lib. 1. tit. 12. §. 3.*
Servitutis prædiorum rusticorum & urbanorum quæ, *lib. 2. tit. 2. in fin.* Servitus ut constituatur, *lib. 2. tit. 3. in princ.* Servitutum Rusticarum jura, *d. t. §. 1.* Urbanarum, §. 1. *eod.* & servitutem debere vel adquirere possint, *tit. 3. §. 3. eod.*
à Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, *lib. 3. tit. 29. §. 3.* Servo fructuario vel usuario ut obligatio domino adquiratur, *lib. 3. tit. 29. §. 2.*
de Servo hæreditario vel hærede instituto, *lib. 2. tit. 14. §. 1. & 2.* instituto cum vel sine libertate exceptio, *lib. 1. tit. 9. §. 1.*
de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, *lib. 4. tit. 8. in princ* Stipulatione, *vide* Stipulatione, per Servos ut adquiratur, *lib. 2. tit. 9. §. 3.*
de Sicariis seu Homicidis, *lib. 4. tit. 18. §. 5.*
de Soceri & nurus injuria, *lib. 4. tit. 4. §. 1.*
adversus socium ut socio agere liceat, *lib. 4. tit. 6. §. 38.*
Societatis divisio à materia, *lib. 3. tit. 26. in princ.* Partibus lucri & damni, §. 1. Partibus inæqualibus, 2. Partibus expressis in una causa, 3. Ejusdem solvendæ varii modi, 4. Renunciatio, *d* §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum distrahatur societas, 7. Cessione bonorum, 8. de Dolo & Culpa à socio præstandis, *ult.* de Socii morte, *d. t. §. 5.*
Solo quæ cedere dicantur, *lib. 2 tit. 1. §. 19. 30. & 33.*
Solutionis indebiti obligatio, *lib. 3. tit. 28. §. 6. lib. 2. tit. 6. §. 2.*
de Soluto indebito, *lib. 3. tit. 15. §. 1.*
Specificationis seu Specierum variarum immixtarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 25.*
Stipulanti alteri si ejus intersit, quid juris, *lib. 3. tit. 20. §. 19.*
de Stipulantis re futura, *lib. 3. tit 20. §. 21.*
de Stipulantium dissensu, *lib. 3 tit. 20. §. 22.*
Stipulatio ut purè, in diem, vel sub conditione fiat, *lib. 3. tit. 16. §. 2. & seqq.* & ut Stipulationi loca inseri soleant, *t. eod. §. 5.* Stipulationi alteri dari si pœna adjecta sit, quid juris, *lib. 3. tit. 20. §. 18.* de Stipulationi seu promissioni facti alieni pœna addicta, *lib. 3. tit. 20. §. 20.*
de Stipulatione ejus, in quem confertur obligatio, vel solutio, *lib. 3. tit. 20. §. 4.* Eorum qui sunt vel habent in potestate, §. 6. Furiosi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter absentes, §. 11. Interrogationis & responsionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Præposterè concepta, *lib. 3. tit. 20. § 13.*
de Stipulatione Servorum, *lib. 3. tit. 18. pass.* veluti, Servus stipulati an possit, *in princ.* Cui adquirat, & de persona cui stipulatur, item de stipulatione impersonali, §. 1. Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatione servi communis, §. *ult.*
de Stipulatione in tempus mortis collata, *lib. 3. tit. 20. §. 14.* post mortem alterius, §. 15. Quæ in tempore confertur, §. 12. Rerum plurium, §. 17.
de Stipulatione seu promissione in Instrumento scripta, *lib. 3. tit. 20. §. 16.*
de Stipulatione sub conditione, *lib. 3. tit. 20. §. 10.* Turpis causæ, §. 23.
ex Stipulatione quando agi possit, *lib. 3. tit. 20. §. ult.*
de Stipulationum divisione, *lib. 3. tit. 19. pass.* Effecta, quibus duo rei constituuntur, *lib. 3. tit. 17. §. 1.* Verbis, *lib. 3. tit. 16. §. 2.*
de Stipulationibus Communibus, *lib. 3. tit. 19. §. 4.* Conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, *lib. 3. tit. 20. §. 3.* Inutilibus, *lib. 3. tit. 20. pass.* Judicialibus, *lib. 3. tit. 19. §. 1.* Prætoriis, *lib. 3. tit. 19. §. 2.* Rerum quæ sunt vel non sunt commercii, *lib. 3. tit. 20. §. seq. in princ. & duobus.*
in Stipulatum quæ deducantur, *lib. 3. tit. 16. §. ult.*
si Substitutus quis fuerit servo instituto, qui liber existimabatur, quid juris, *lib. 2. tit. 15. §. 4.*
Substituti singuli vulgariter, quam partem accipiant

cipiant partibus in institutione non expressis, lib. 2. tit. 15. §. 2.

Substitutionis ut plures gradus esse possint, lib. 2. tit. 15. §. 1.

de Substitutionis Pupillaris forma, effectu, origine, & ratione; item & de quasi pupillari substitutione constitutio Justinianea, lib. 2. tit. 16. §. 1. & 3. in princ. Substitutionis pupill. proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita substituatur, 4. Qui substituantur, 5. Quot liberis substituatur, 6 & Quibus non substituatur pupillariter, §. 9. seu ult. item & de Substitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. eod.

Substitutionis Vulgaris diversa ratio, lib. 2. tit. 15.

si Substituto cohæredi alius substituatur, quid juris, lib. 2. tit. 15. §. 3.

ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, lib. 3. tit. 5. §. 5. ut Succedant matribus vulgo quæsiti, lib. 3. tit. 4. §. 3.

Succedendi jus nati post mortem avi, vel adoptati à filio emancipato, lib. 3. tit. 2. §. 8. Succedendi juris ratio filii post mortem patris ab hostibus reversi, lib. 3. tit. 1. §. 4.

in Succedendo agnationis jure ut proximitas spectetur, lib. 3. tit. 2. §. 5.

Succedentium ab intestato Primus ordo, lib. 3. tit. 1. §. 1. Tertius ordo, & qui in eo vocentur, lib. 3. tit. 5. §. 1. in princ. vide de eodem Primo, tit. 1. & de Secundo gradu, ejusd. lib. tit. 2.

Successionis jus ex lege 12. tabul. & Jure Prætorio, lib. 3. tit. 3. in princ. Ex constitutione Divi Claudii, §. 1. Novus casus ex constitutione Divi Marci, quo libertatis causa bona addicuntur, lib. 3. tit. 1. Maternæ jus novum, lib. 3. tit. 3. §. 1. & seq.

de Successione adoptivorum, & descendentium ex fœminis, lib. 3. tit. 1. §. 14. & seq. Agnatorum capite minutorum, lib. 3. tit. §. 1. item conjunctorum per fœminas, §. 2. Liberorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quæsitorum, 4. ejusd. t. Legitima agnatorum, lib. 3. tit. 2. Parentum, lib. 3. tit. 2. §. 2. Libertorum, qui scil. succedant ex lege 12. tab. lib. 3. tit. 8. in princ. Jure Prætorio, §. 1. ex lege Papia, 2. ex constitutione Justiniani, 3. & quibus libertinis succedatur, §. 4. eod. Matrum in bona liberorum, lib. 3. tit. 3. §. 2.

in Successione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, lib. 3. tit. 3. §. 3. & 5.

de Successione nepotis, & neptis ex Senatusc. Orphitiano, lib. 3. tit. 4. §. 1.

de Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusc. Claudiano, lib. 3. tit. 13. pass.

Si certum sit vel incertum, an Successor existet, quid juris, lib. 3. tit. 2. §. 4.

de Successorio edicto, lib. 3. tit. 2. §. 7.

Sui hæredes qui, lib. 3. tit. 1. §. 2. Quomodo sui fiant, §. 3. de divisione hæreditatis inter Suos, eod. §. 6.

Suitas quo tempore spectetur, lib. 3. tit. 1. §. 7.

Surdo an testari liceat, lib. 2. tit. 12. §. 3.

In Suspensis in damno alterius decidentibus quid juris, lib. 4. tit. 5. §. 1.

T

Testamenti etymon, lib. 2. tit. 10. in princ. Ejus factio ut observetur in hæredum extraneorum institutione, lib. 2. tit. 19. §. 4. Inofficiosi juris ratio, lib. 2. tot. tit. 18. ac quidem de Querela ejusd. in princ. ejusd. tit. Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. & 6.

ut de Testamenti inofficiosi querela non agatur, & de quarta hæredibus relinquenda, lib. 2. tit. 18. §. ult.

Testamenti matris vel avi materni juris ratio, lib. 2. tit. 13. §. 7. Militaris jus & ratio, lib. 2. tit. 11. pass. & tit. 13. §. 6. eod. Nuncupativi jus & ratio, lib. 2. tit. 10. §. 14.

Testamenti solemnia à Justiniano veteri juri addita, lib. 2. tit. 10. §. 4. Testes & annuli signatorii, §. 5. & 6. Materia in qua id ipsum scribebatur, §. 12. Ejusdem codices plures, §. 13. eod.

Testamenta quibus modis infirmentur, lib. 2. tot. tit. 17. pass.

Testandi jus penes quos non sit, lib. 2. tit. 12. pass.

Testandi, jure civili antiqui modi, lib. 2. tit. 10. §. 1. item jure prætorio, §. 2. horum jurium conjunctio, §. 3. eod.

Testes testamenti, lib. 2. tit. 10. §. 6.

Thesaurorum dominii jus quale, lib. 2. tit. 1. §. 39.

Traditionis & quasi Traditionis in dominio acquirendo quale jus, lib. 2. tit. 1. §. 40. 41. & seqq.

de Triplicationis jure, lib. 4. tit. 14. §. 2.

de Trebelliano Senatusconsulto, vide Senatusconsulto.

à Tutela seu Cura an excusetur, qui testatorem seu defunctum non novit, lib. 1. tit. 25. §. 10.

Tutelæ definitio, lib. 1. tit. 13. §. 1.

Tutelæ seu Curæ excusationes, ut & quando proponendæ, lib. 1. tit. 25. §. 16.

de Tutelæ gestione, lib. 1. tit. 25. §. 18.

Tutelæ jus antiquum ubi nullus tutor, lib. 1. tit. 20. in princ. si Tutoris testamentarii futuri spes sit, §. 1. si Tutor ab hostibus captus sit, §. 2. ibid.

Jus Novum & Novissimum, lib. 1. tit. 20. §. 4. & 5.

Tutelæ obligatio qualis, lib. 3. tit. 28. §. 2. Ratio & de ejusdem ratione reddenda, lib. 1. tit. 20. § 6. & 7.

de Tutela agnatorum, lib. 1. tit. 15. & ad quos agnatos pertinet, lib. 1. tit. 16. §. 7. Fiduciaria, lib. 1. tit. 19. Legitima Patronorum, lib. 1. tit. 17. Parentum, lib. 1. d. tit. 18.

à Tutela seu Cura an liberent falsæ allegationes, lib. 1. tit. 25. §. 20. Ut rectè excusari liceat

liceat polypedia seu numero liberorum, *lib.* 1. *tit.* 25. *in princ.* Fiscalis rei administratione, §. 1. Absentia Reipub. causa, 2. Potestate, 3. Lites, 4. Tutelæ vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate, 6. Valetudine adversa, 7. Litterarum imperitia, 8. Datione propter inimicitias; & de Tutore qui restari consensit, 9. Inimicitiis maximis, 11. Passione controversiæ status, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina Grammatices, Rhetorices, & Medicinæ, 15.
Tutela ut finiatur pubertate, *lib.* 1. *tit.* 22. *in princ.* Capitis diminutione, §. 1. & 4. Eventæ conditionis, 2. Morte, 3. Tempore, 5. Remotione & Excusatione, 6.
Tutor an Curator postea esse eogatur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 18. Quibus testamento datur, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 3.
si Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de inofficioso testam. agens succubuerit, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 18. §. 4. & 5.
Tutoris definitio & etymologia, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 2.
de Tutore Attiliano, *lib.* 1. *tit.* 20.
de Tutore liberis petendo, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 6.
Tutores qui dari possint, *lib.* 1. *t.* 14 *in princ.* Quibus modis, & cui dentur, §. 3. & 4. Dari quando & cur desierint ex legibus Julia & Titia, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 3.
Tutores vel Curatores quibus modis constituantur, *lib.* 4. *tit.* 10. §. 2. Ut suspecti, Quale suspecti crimen, & ut à munere removeantur, ob hoc crimen accusentur: de effectu remotionis, & accusationis; de accusati tutoris morte seu contumacia, Alimentorum denegatione, Tutelæ redemptione, Fraudulenta liberti administratione, & de suspecti satis oblatione, *lib.* 1. *tit.* 26. *pass.* & Ut ad universum patrimonium dati censeantur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 17.
de Tutorum auctoritate, *lib.* 1. *tit.* 21. In quibus causis sit necessaria. §. 1. Quomodo interponi debeat, 2. & Quo casu interponi nequeat, 3. *eod.*
de Tutorum satisdatione, *lib.* 1. *tit.* 24. *pass.*

V

VAcantia bona an usucapi possint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Venditione & Emptione, *lib.* 3. *tit.* 24.
de Venditæ rei commodo & periculo, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 3.
de Verborum Obligationibus, *vide* Obligationibus.
de Verbis stipulationum, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 1.
de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid in eam veniat, *lib.* 4. *tit.* 22. *in princ.* Adversus quos competat, §. 1. & Quibus detur, §. *ult.*
de Vi, & ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 8.
Usucapi quæ possint, vel non, *lib.* 2. *tit.* 6. & *seq.* §. 1.
Usum habens ædium, fundi, jumenti, pecorum vel servi, quid juris: & ut usus ab usufructu differat, *in princ. lib.* 2. *tit.* 5. §. 1. 2. 3. & 4.
Ususfructus definitio. *lib.* 4. *tit.* 2. *in princ.* Quibus modis, §. 1. & Quibus in rebus constituatur, 2. Ut finiatur, 3. Et eo finito quid juris, §. 4. *eod.*
Ususfructus & usus communia & differentiæ, *lib.* 2. *tit.* 5. §. 1 *in princ.*
Utilis actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. *ult.*
Vulgaris substitutionis juris ratio, *lib.* 2. *t.* 15.
ad Vulgo quæsitorum bona ut vocetur mater, *lib.* 3. *tit.* 3. §. *ult.* item & ipsi ut vocentur ad aceessionem matrum, *ejusd. lib. tit.* 4. §. 3.
de Uxoris & mariti injuria, *lib.* 4. *tit.* 4. §. 2.
Uxores quæ duci possint, vel non, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 1.

INDEX III. DECISIONUM,

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris, quarum fit mentio in IV. Instit. Lib.

DEcisiones sunt quæ dirimunt controversias juris veteris, quæ & Constitutiones dicuntur Specialiter autem Constitutiones sunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Et ex Decisionibus quidem sunt quæ sequuntur:

Decisio, *l. penult. C. de necess. serv. hær. instit.* quæ & in ea & in *l. ult. eod.* decisio dicitur, de qua *lib.* 1. *Institut. tit.* 6. §. *idem juris.* 2. & *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1.
Decisiones, *de Dedititia & Latina libertate tollenda*, quibus singulis datus est proprius titulus *lib.* 7. *Cod.* Prior illa fuit, quæ est de Dedititia, cui adjungi etiam possunt, *l.* 2. *C. comm. de manumiss.* & *l. unic. de nudo jure Quiritum toll.* de quibus *lib.* 1. *Instit. t.* 5. §. *ult.* & *t.* 1 1. §. *ult.* & *lib.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Decisio, *l. si furios.* 25. *C. de nupt.* de qua *lib.* 1. *Instit. t.* 10. §. 1.
Decisio, *l. pen. C. de adopt.* de qua *lib.* 1. *Instit. t.* 11. §. *sed hodie.* 2. & *tit.* 12. §. 8. & *lib.* 2. *t.* 13. §. 5. *vers. circa.* & *tit.* 18. §. 1. §. *tam autem.* 2. & *lib.* 3. *t.* 1. §. *sed ea omnia.* 14. & §. *seq.* itemque *tit.* 16. §. 1.
Decisio, *l.* 13. *C. de usufr. & habit.* de qua *lib.* 2. *Inst. t.* 5. §. *pen.*
Decisio, *l.* 1. *C. de comm. serv. man.* de qua *lib.* 2. *t.* 7. §. *ult.*

De-

Decifio, *l. ult. C. de contr. empt.* de qua *l.* 3. *tit.* 24. §. *pretium.* 1.
Decifio, *l. ult. C. per quas perf. nob. adqu. lib.* 3. *t.* 29. §. *ult.*
Decifio, *l.* 21. *C. de furt. lib.* 4. *t.* 1. §. 8. *verf. & cum nobis.*
Decifio, *l. ult. C. eod. t. lib.* 4. *Infit. t.* 1. §. 16. *verf. fed noftra.*

INDEX IV. CONSTITUTIONUM,

Quarum in libris Inftitutionum meminit Juftinianus, & alias jam ipfe fecerat, alias nunc facit, alias poftea facturus eft. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ funt Græcæ, aliæ Latinæ.

Græcæ funt quæ fequuntur.

Conftitutio, *l.* 30. *C. de epifc. audient. lib.* 1. *Inft. t.* 20. §. 5.
Conftitutio, *l. ult. C. de teftam. lib.* 2. *t.* 10. §. *legatariis.* 11.
Conftitutio, *de incertis perfon. lib.* 2. *t.* 20. §. *fed nec.* 27. *& lib.* 3. *tit.* 10. §. 1.
Conftitutio, *de Jure patronat. lib.* 3. *t.* 2. §. *pen. & t.* 8. §. *fed noftra.* 3. *&* §. *ult. & t.* 7. *pr. verf. fed noftra. & t.* 10. §. *cumque antea.* 4.
Conftitutio, *l.* 45. *de epifc. & cler. lib.* 3. *t.* 27. §. *ult. & lib.* 4. *t.* 6. §. 25.
Conftitutio, *l.* 5. *de fportulis. lib.* 4. *t.* 6. §. *quadrupli.* 25.
Conftitutio, *de plus petitionibus, lib.* 4. *t.* 6. §. *tripli.* 24. *&* §. 33.

Latinæ autem quæ fequuntur.

Conftitutio, *de lege Fufia Caninia tollenda, lib.* 1. *Inftitut. t.* 7.
Conftitutio, *l. cum quis.* 10. *C. de nat. lib.* 1. *t.* 10. §. *ult. & lib.* 3. *t.* 1. §. 2.
Conftitutio, *l. ult. de Confulibus. lib.* 2. *t.* 12. §. *filiusfam.* 4.
Conftitutio, *l. ult. de emancip. lib. d. lib.* 1. *t.* 12. §. *præterea.* 6. *& lib.* 3. *t.* 2. §. *ult. & t.* 8. §. 4.
Conftitutio, *l. ult. quand. tut. vel curat. def. lib.* 1. *t.* 22. *princ.*
Conftitutio, *l. ult. de leg. tut. lib.* 1. *t.* 19. *in fin. & t.* 25. §. *item.* 13.
Conftitutio, *l.* 21. *de facrof. eccl. lib.* 2. *t.* 1. §. *facra.* 8.
Conftitutio, *l. pen. de ufufr. lib.* 2. *t.* 4. §. *pen. & lib.* 3. *tit.* 10. §. 2.
Conftitutio, *de ufucap. transform. lib.* 2. *t.* 1. §. *per traditionem.* 40. *& t.* 6. §. 7.
Conftitutio, *l. ult. de quadrienn. præfcr. lib.* 2. *t.* 6. §. *ult.*
Conftitutio, *de donat. cauf. mort. lib.* 2. *t.* 7. §. 2.
Conftitutiones VII. *de donat. inter vivos, & de donat. propter nuptias. l.* 34. 35. 36. *C. de donat. l. ult. C. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de don. ante nupt.* Quibus aliquid adjungi poteft, *l.* 38. *de epifc. & cler.* De his verò agitur *lib.* 2. *t.* 7. §. 2.
Conftitutio, *de rei uxor. actio. & de fundo dot. lib.* 2. *Inft. t.* 8. §. 1. *& lib.* 4. *t.* 6. §. *fuerat.* 29.
Conftitutio, *de jure dominii impetrando, lib.* 2. *t* 8. §. *contra.* 1.
Conftitutio, *l.* 25. *de adminiftr. tut. d. lib. & t.* §. *pen.*
Conftitutiones, *l.* 6. *&* 8. *de bon. quæ lib. acquir. lib.* 2. *t.* 9. §. 1. *& lib.* 3. *t.* 18. §. 1.
Conftitutio, *l.* 2. *&* 9. *de teftam. lib.* 2. *t.* 10. §. *fed his.* 4.
Conftitutio, *l. pen. C. de teft. mil. lib.* 2. *t.* 11. *in princ.*
Conftitutio, *l. ult. qui teft. fac. poff.* conjuncta *l. ult. de inoff. teft. lib.* 2. *t.* 11. §. *ult.*
Conftitutio, *l.* 10. *qui teft. fac. poff. lib.* 2. *t.* 12. §. *item furdus.* 3.
Conftitutio, *l.* 4. *de lib. præter. lib.* 2. *t.* 13. §. *fed hæc.* 5.
Conftitutio, *l.* 9. *de impub. & aliis fubft. lib.* 2. *t.* 16 § *qua ratione.* 1.
Conftitutio, *l.* 30. *&* 35. *de inoff. teft. lib.* 2. *t.* 18. §. *fed hæc.* 3. *&* §. *ult.*
Conftitutio, *l. ult. de jur. delib. lib.* 2. *t.* 19. §. 5.
Conftitutiones tres, *tit. Comm. de legat. lib.* 2. *t.* 20. §. 2. *&* 3. *&* §. *optionis.* 23.
Conftitutio, *l.* 24. *de teftam. d. lib. & tit.* §. 34.
Conftitutio, *de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, d. lib. & t.* §. *ult.*
Conftitutio, *l.* 11. *de contrah. ftip. d. lib. & tit.* §. *poft mortem.* 35. *& lib.* 3. *t.* 20. §. *poft mortem.* 12.
Conftitutio, *l. ult. de fideicomm. d. lib.* 2. *t.* 33. §. *ult.*
Conftitutio, *l. nuper.* 11. *de natur. liber. lib.* 3. *t.* 1. §. 2. *in fin.*
Conftitutio, *l. ult. de fuis & legit. d. lib.* 3. *& tit.* 1. §. 15. *in fin.*
Conftitutio, *l. pen. de legit. hær. lib.* 3. *t.* 2. §. 8. *in fin.*
Conftitutio, *l.* 2. *de jur. delib. lib.* 3. *t.* 3. §. *fed nec.* 4.
Conftitutio, *l. ult. ad SC. Tertyllian. d. lib.* 3. *& t.* 3. §. *fed cum antea.* 5.
Conftitutio, *l. ult. Comm. de fucceffionibus. lib* 3. *t.* 10. *princ.*
Conftitutio, *l. ult. de teftam. man. lib.* 3. *tit.* 11. §. *ult.*
Conftitutio, *l.* 14. *de contr. ftipul. lib.* 3. *tit.* 20. § *item verborum.* 11.
Conftitutio, *l. pen. de non num. pecun. lib.* 3. *t.* 21. *& lib.* 4. *t.* 13. §. *idem juris.* 2.

Con-

Conſtitutio, *l. 17. de fidei inſtrum. lib. 3. t. 23. §. 1.*

Conſtitutio, *l. ult. de novationib. lib. 3. t. 29. §. pen.*

Conſtitutio, *l. 2. de conſtit. pecun. lib. 4. t. 6. §. in perſonam.* 8.

Conſtitutio, *l. ult. de petit. hær. lib. 4. t. 6. §. actionum.* 28.

Conſtitutio, *l. ult. de compenſat. lib. 4. t. 6. §. in bonæ fid.* 30.

Conſtitutio, *l. 2. de jurejur. propt. calum. lib. 4. t. 16. §* 1.

Conſtitutio, *de raptu virginum, lib. 4. tit. 18. §.* 8.

Et hæ quidem ſunt Conſtitutiones, quas jam fecerat Juſtinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Inſtit.* ſequentes, quæ non extant alibi.

De SC. Pegaſiano tollendo, lib. 2. Inſtit. t. 23. §. ſed quia. 7.

De minori xx. ann. data poteſtate ſervorum manumittendorum, lib. 1. t. 6. §. ult.

De hærede rogito in teſtamento teſtimonium perhibere, lib. 2. t. 10. §. ſed neque. 10.

De ſatiſdationibus in judicio præſtandis, quod in uſu receptum erat contra formam juris veteris, ut idem obſervetur in omnibus provinciis, lib. 4. t. 11. §. ult.

Facturus autem erat Juſtinianus, nondum fecerat eam Conſtitutionem, cujus ſententiam prævertit exponere in extremo *tit.* 1. §. 3.

Ex hoc verò tam ingenti numero Conſtitutionum Juſtiniani, quæ referuntur in his IV. *Inſtit.* libris, & repetuntur quædam etiam in eis ſæpius, ſatis liquet jure meritoque hos libros Juſtiniano attribui potius, quàm aliis vel Imperatoribus vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus ſumpta ſunt cætera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium ſimul ac locorum ſingularium, quibus hi libri ſunt inſigniti, Indices conficere viſum eſt.

INDEX V. CONSTITUTIONUM.

Aliorum Imperatorum, quæ in iiſdem Inſtitutionum libris referuntur.

D. Auguſti auctoritas, & juſſum, *lib. 2. Inſt. tit. 12. in princ. & t. 23. in pr. & §. 12. t. 25.*

Auguſti juſſio, *lib. 2. t. 23. §. 1. & ult.*

Tiberii Cæſ. Conſtitutio, *lib. 2. tit. 15. in fin.*

D. Claudii indulgentia, *lib. 3. t. 3. §. 1.*

Nervæ auctoritas, *lib. 2. t. 12. in princ.*

Trajani reſcriptum, *lib. 2. t. 11. §* 1.

Ejuſdem edictum, *lib. 3. t. 7. §. ult.*

Ejuſdem Optimi Imp. auctoritas, *lib. 2. t. 12. in princ.*

D. Hadriani ſubſcriptio, *lib. 2. t. 12. in princ.*

Ejuſdem venia & ſpeciale beneficium, *lib. 2. t. 19. §. 5.*

Ejuſd. Epiſtola, *lib. 3. t. 21. §. 4.*

Ejuſdem reſcriptum, *lib. 2. t. 1. §. 39. & t. 10. §. 7. & t. 20. §. 25.*

D. Pertinacis oratio, *lib. 2. tit. 17. §. penult. & ult.*

D. Pii reſcriptum *lib. 1. t. 25. §. ſimiliter.* 8. *& lib. 2. t. 6. §. res fiſci.* 4. *& t. 15. §. 3. & tit.* 20. §. 4.

D. Marci edictum, *lib. 2. t. 6. §. ult.*

Ejuſdem Conſtitutio ſive reſcriptum, *lib. 3. t. 11.*

Ejuſdem reſcriptum aliud, *lib. 4. t. 6. §. in bonæ. fid.* 30.

Ejuſdem aliud reſcriptum in ſemeſtribus, & pleraque alia de Excuſationibus tutorum, *lib. 2. t. 25.*

Divorum fratrum reſcripta, *lib. 1. t. 25. §. ſed & propter.* 6. *& §. non eſſe.* 10.

Divor. Severi & Antonini reſcripta ſive epiſtolæ, *lib. 1. tit. 25. §. qui tutelam.* 18. *& t. 26. tribus locis. & lib. 2. t. 6. §. res fiſci.* 4. *& §. inter.* 8. *& t. 10. § ſed cum aliquis.* 7. *& t. 15. §. ſed inſtituto.* 3. *& t. 17. duobus locis. item t. 20. §. ſed & ſi rem.* 5. *& §. ſi rem.* 12. *§. ſed ſi uxori.* 15. *§. peculium.* 20. *& t. 25. §.* 1.

Divorum eorumd. Conſtitutio, *lib. 2. t. 14. princ.*

Divi Severi Conſtitutio, *lib. 2. t. 9. §. penult.*

D. Gordiani beneficium, *lib. 2. t. 19. §* 5.

Divor. Principum Valentiniani, Theodoſii & Arcadii Conſtitutio, *lib. 3. t. 1. §. item vetuſtas.* 15. quæ eſt *l. 4. C. Th. de leg. hæred. & t. 4. §. ſed eum.* 2. & eſt *lex Si defunctus.* 9. *C. de ſuis & leg. lib.*

Leonis inclytæ recordationis, *lib. 3. t. 20. §. item ſi quis.* 13. Leoniana Conſtitutio, *lib. 3. t. 16. §. 2.*

Zenoniana lex vel Conſtitutio, *lib. 2. t. 6. in fin. & lib. 3. t. 25. §. adeo.* 3. *& lib. 4. t. 4. §. in ſumma.* 10. *& t. 6. §. 33. itemque t. 13. §.* 10.

Zenonis divæ memoriæ Conſtitutio, *lib. 2. t. 6. §. ult. & lib. 4. t. 6. §. ſi minus.* 34.

Anaſtaſiana lex, *lib. 3. t. 5. §. 1.*

D. Juſtini patris Juſtiniani Conſtitutio, *lib. 2. t. 7. §. 3. & t. 12. §. pen.*

Sæpiſſime etiam retro Principum Conſtitutiones Conſtantini, Theodoſii, Valentiniani & aliorum nomine non expreſſo in his libris adducuntur, & quæ uſu fori ſolo increbuerant, irroboraverantque.

INDEX

INDEX VI. LEGUM ET SENATUS-CONSULTORUM

Veterum, quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

LEges XII. tab. *lib.* 1. *Instit.* *t.* 15. & 17. & 26. *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum in suo.* 29. & §. *venditæ.* 41. *t.* 6. §. *furtivæ.* 2. *t.* 13. §. *sed hæc.* 5. *t.* 22. *in princ.* *lib.* 3. *t.* 1. §. 1. §. 9. & §. *ult.* *t.* 2. *tribus locis.* *t.* 3. *t.* 4. §. 2. *tit.* 5. §. 1. *t.* 8. *pr.* §. 3. *t.* 10. *in princ.* & *lib.* 4. *t.* 4. §. *pœna.* 7. *t.* 8. §. 4. & *t.* 9. *in pr.*
Lex Ælia Sentia, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. & *t.* 6.
Attilia, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.*
Atinia, *lib.* 2. *t.* 6. §. *furtivæ.* 2.
Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. & 6. §. 19. §. *in duplum.* 23. & *t.* 8. §. *sunt autem.* 4.
Cornelia de Injuriis, *lib.* 4. *t.* 4. §. *sed & lex.* 8. de Falsis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 7. de Testamentis, *lib.* 2. *t.* 12. *in fin.* de Sicariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5. 6.
Fabia de Plagiariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 10.
Falcidia, *lib.* 2. *tit.* 22.
Furia, *ibid.*
Fusia Caninia, *lib.* 1. *t.* 7.
Hortensia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 4.
Hostilia, *lib.* 4. *t.* 10.
Julia & Titia, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.* Julia & Plautia, *lib.* 2. *t.* 6. §. 2. Julia de fundo dotali, *lib.* 2. *t.* 8. Julia Vellea, *lib.* 2. *t.* 13. §. *posthumorum.* 2. Julia de vi, *lib.* 4. *t.* 15. & *t.* 18. §. 6. §. 8. Julia Majestatis, Peculatus, de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Residuis, *lib.* 4. *t.* 18.
Junia Norbana, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. & *lib.* 3. *t.* 8. §. *sed hæc.* 4.
Papia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *postea.* 2. & *seq.*
Pompeja de parricidiis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 6.
Regia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 6.
Voconia, *lib.* 2. *t.* 22.
Senatusconf. Claudianum, *lib.* 3. *t.* 13.
Largianum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *penult.*
Macedonianum, *lib.* 4. *t.* 8. §. *ult.*
Neronis temporibus factum de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. 4.
Vespasiani Augusti temporibus factum, de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. *sed quia.* 5.
Orphitianum, *lib.* 3. *t.* 4.
Pegasianum, *lib.* 2. *t.* 23.
Sabinianum, *lib.* 1. *t.* 1. §. *sed ea omnia.* 14.
Tertyllianum, *lib.* 3. *t.* 3.
Trebellianum, *lib.* 2. *t.* 23. & Senatusconsult. de Adsignatione libertorum, *lib.* 3. *tit.* 9. §. *ult.*

INDEX VII. AUCTORUM JURIS, ALIORUMQUE,

Qui testes citantur in his libris.

ÆLius Martianus in Institutionibus, *lib.* 4. *t.* 3. §. 1. est is forte ad quem pertinet Antonini rescriptum, de quo *lib.* 1. *t.* 8. Mentionem etiam facit Martiani *lib.* 1. *t.* 4. & *lib.* 4. *t.* 3.
Attilicinus, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*
Cajus ex libris Institutionum & Rerum quotidianarum, & ad leges XII. tab. in Constitutione Justiniani his libris præposita, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia.* 5.
Cassius, *l.* 3. *t.* 24. §. *item.* 2.
Cato, *lib.* 1. *t.* 11. §. *ult.*
Celsus, *lib.* 2. *t.* 10. §. 12.
Gallus Aquilius, *lib.* 3. *t.* 30. §. 2.
Homerus, *lib.* 2. *t.* 7. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 1.
Julianus, *lib.* 1. *t.* 10. §. *si uxor.* 9. & *t.* 26. §. *suspecti.* 5. *lib.* 2. *t.* 1. §. 38. & *t.* 20. *quatuor locis.* itemque, *lib.* 3. *t.* 9. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 5. §. *si filiusf.* 2.
Labeo, *lib.* 2. *t.* 25.
Marcellus, *lib.* 2. *t.* 5. §. *penult.*
Papinianus, v. Resp. & alibi. *lib.* 1. *t.* 25. §. 2. *t.* 26. §. *si quis autem.* 7. *lib.* 2. *t.* 1. §. 8. & *t.* 6. §. *res fisci.* 4. & *t.* 20. § *ex contrario.* 14. *t.* 23. §. *sed quia.* 7. *t.* 25. § *non tantum.* 1.
Paulus ad Massurium Sabinum, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*
Idem ad Plautium, *ibid.*
Pomponius, *lib.* 2. *t.* 10. §. *possunt.* 5.
Proculi sententia, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2.
Q. Mutius, *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.
Sabinus, *lib.* 2. *t.* 20. §. *ult.* *lib.* 3. *t.* 27. §. 6. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 15.
Sabiniani & Proculejani, *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum ex aliena.* 25.
Sabinus & Cassius, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *t.* 27. §. *is qui.* 8.
Scævola, *lib.* 1. *t.* 25. §. 16.
Servius, *lib.* 1. *t.* 13. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.
Trebatius, *lib.* 2. *t.* 25.
Xenophon, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia.* 5.

INDEX VIII. RERUM ET LOCORUM

Singularium fere omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

DE institutis Atheniensium & Lacedæmoniorum, *lib.* 1. *t.* 2. §. 10.

Ratio cur liberi patroni sint legitimi tutores, parentis liberi manumissoris fiduciarii, *lib.* 1. *t.* 19.

Pomponii opinio de subsignatione testium in testamento, *lib.* 2. *t.* 10. §. *possunt.* 5.

Testamentorum tria genera, & Testamenti veriloquium, *lib.* 2. *t.* 10. *in princ.* §. *sed ut.* 1.

Relatio ex Atilicino de Institutione hæredum. *lib.* 1. *t.* 14. *in pr.*

Pertinacis oratio de tabulis testamenti, *lib.* 2. *t.* 17. §. 7.

Venia D. Hadriani de abstinendi ab hæreditate potestate, *lib.* 2. *t.* 19. §. *Extraneis.* 5.

Ejusdem rescriptum, Ne miles incertæ personæ legare possit, *lib.* 2. *t.* 20. §. *incertis.* 25.

Scabini opinio de Hærede pœnæ nomine adjiciendo, *d. tit.* 20. §. *Pœnæ.* 36.

Papiniani dictum de captiosis stipulationibus, *lib.* 2. *t.* 23. §. *sed quia.* 7.

Origo fideicommissorum, *d. lib.* & *t.* §. *Sciendum.* 1. *item* & *t.* 25. *in princ. ubi de Lucio Lentulo per parenthesim agit.*

Origo Codicillorum, *d. t.* 25. *in princ.*

Severi & Antonini rescriptum de Codicillis factis ante testamentum, *d. t.* 25. §. *non.* 1. *vers. Sed D. Severus.*

Claudii indulgentia in favorem matrum succedentium liberis, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1. *ibi. Et primus quidem Divus Claudius.*

Graduum cognationis diagramma, *lib.* 3. *t.* 6. §. *fin.*

Senatusconsulti Largiani, & edicti Trajani sententia, *lib.* 3. *tit.* 8. §. *ult.*

D. Marci rescripti verba, de novo casu successionis ex causa libertatis, *lib.* 3. *tit.* 12. §. 1.

De bonis defuncti filii adrogati à creditoribus possidendis, *lib.* 3. *t.* 11. *in fin.*

Obligationis definitio, *l.* 3. *t.* 14. *in princ.*

Venditionis conditionalis exemplum, *lib.* 3. *t.* 24. §. *pen.*

Cassii sententia de Emptione seu Venditione materiæ: item Locatione seu Conductione operarum, *lib.* 3. *tit.* 25. §. *item quæritur* 4.

Sabini item de Mandato obligatorio, *lib.* 3. *t.* 27. §. 8.

Furtorum genera, & de Fure hoc ipso manifesto, quod visus à domino fuerit, *lib.* 4. *t.* 1. §. *Furtorum.* 3.

Locus §. *si communi servo.* 4. *de injuriis*, adversus Pædianum, *lib.* 4. *t.* 4.

Bonæ fidei quindecim actiones enumeratæ, *l.* 4. *t.* 6. §. *actionum.* 28.

Locus quo traditur, Servum noxæ deditum ab eo etiam invito cui deditus est, pecunia data redimi & manumitti posse, *lib.* 4. *t.* 8. §. *dominus.* 3.

Lex Hostilia, qua permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipub. causa abessent, quive in eorum alicujus tutela essent, *lib.* 4. *t.* 10. *in princ.*

Ratio cur furti manifesti sit perpetua actio, *lib.* 4. *t.* 12. *in princ.*

Judicia omnia esse absolutoria, *d. t.* 12. §. *fin.*

INDEX IX. HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & Progressu Juris: item & de Institutione Magistratuum, ac De Jurisconsultis.

DE Actionibus Legis sive Legitimis, *l.* 2. §. 6. 7. & 12. *D. de orig. jur.* Vid. & Cic. *pro Murena. cap.* 11.

Ædiles Curules ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas potestasve, *l.* 2. §. 26. *D. de orig. jur.* Vid. & Liv. *lib* 6 *cap.* 42. *in hist. Rom.* Cicer. *lib.* 5 *in Verr.* & *lib* 2. *de Offic. c.* 16.

Ædiles Cereales sive Frumentarii, ut Romæ constituti, & quale illorum munus, qualisve juris auctoritas, *l* 2. §. 32. *D. de orig. jur.* & vide ibi Cujac. item Sueton. *in Jul. c.* 41. & Dion. *in fin. lib* 43.

Ædiles plebis, ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 21. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. *hist. Rom.* Dionys. Halic. *lib.* 6. *antiq.* Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Auson. poet. *edyll.* 15.

Censores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 17. *D de orig. jur.* Vide præterea de iis Liv. *lib.* 4. *cap.* 8. *hist. Rom.* Cic. *lib.* 3. *de legib. cap.* 3. & 20. & Agell. *lib.* 4. *cap.* 12. Item Hotom. *in sua descrips. Magist. Roman.*

de Constitutionibus Principum: sive Principalium jure & auctoritate, *l.* 2. §. 11. & 12. *D. de orig. jur.* ac de iis vide pass. *lib.* 1. *t.* 4. *Digest.* & ibid. DD. *lib.* 1. *tit.* 14. & 15. *Cod.*

Consuetudine ut Romani primum pro jure uterent-

veniat, colligitur ex *l.* 2. §. 3. *de orig. jur.* de Consuetudinis autem vi & potestate agunt DD. in *l. quibus.* 32. *D. de legib.* & in §. *constit.* & §. *ex non scripto. Instit. de jur. nat. gent. & civ.*

Consules ut Romæ constituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit auctoritas, *l.* 2. §. 16. 26 & 27. vide & de iis *Novell. Justiniani Imp.* 24. & 25. Cic. *lib.* 3. *de leg. cap.* 3. Varron. *lib.* 4. *de ling. Latin.* & *lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Noni.* item Anton. Cont. *lib.* 1. *lection. successivar. jur. civil. cap.* 19. itemque Liv. *lib.* 2. *cap.* 1. & *lib.* 3. *cap.* 55. Polyb. *lib.* 6. ac quidem Hotom. *in suo tract. de Magistratuum Rom. descriptione.*

Curiarum origo & divisio prima apud Roman. *l.* 2. §. 1. *D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Fest. *lib.* 3. Liv. *lib.* 1. *hist. Rom. cap.* 13. & Dionys. Halic. *lib.* 2. *antiquit.*

de Curiatis legibus, vid. inf. in voce *Legibus.* & Liv. *lib.* 5. *cap.* 46. *hist. Rom.* & Cic. 2. *Agrar. cap.* 30.

Decemviri legibus scribendis litibusque judicandis, ut Romæ primum constituti, & eorum qualis fuerit authoritas, *l.* 2. §. 4. & 29. *D. de orig. jur.* vid. & Liv. *decad.* 1. *lib.* 3. *cap.* 33. Agell. *lib.* 17. *cap.* 21. & Cujac. *lib.* 3. *obs. cap.* 32.

Decemvirorum constitutio apud Rom. *l.* 2. §. 15. 16. & 24. *D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 1. 3. & 6. *histor. Rom.* item Dion. Halic. *lib.* 2. 3. 4. & 10. *antiq. Rom.*

Dictatores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 18. *D. de orig. jur.* & *l. un. D. de offic. Præf. Præt. lib.* 1. *t.* 11. Vide & Dion. Halic *lib.* 5. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 2. *cap.* 18. & *lib.* 7. *cap.* 3. *hist. Rom.* Cic. *lib. de finib.* & *de legib.* & *passim aliis.* Itemque Canter. *lib.* 2. *Novar. lect. cap.* 4. & post eos Hotom. *in d. descript. Magistratuum Rom.*

Duodecim tabularum legum origo. Vide *Legum.*

de Fori disputatione ex auctoritate Prudentium, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Honorarium jus quale, & unde dictum, *l.* 2. §. 10. & 12. *D. de orig. jur.* Vide præter Pomp. Jurisconf. hujus leg. auctorem Papinian. in *l. jus autem.* 7. *in fin. de just. & jur.*

Hortensia (sive Hortensii Dictatoris Rom.) lege ut confirmata plebiscita, *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 5. *hist. Rom.* & Agell. *lib.* 15. *cap.* 27.

Jus civile Ælianum, *l.* 2. §. 7. *D. de orig. jur.* Hujus autem formulæ literis singulariis scribi solebant; unde & Notæ dicebantur, ut refert D. Cujac. *in hunc loc. ex Marc. Tullii orat. pro Muræna.*

Jus civile Papinianum quale, *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* vide & Agell. *lib.* 6. *cap.* 9. & Valer. Maxim. *lib.* 2. *cap.* 1.

Jus civile sine scripto ex Prudentium auctoritate proficiscens, *l.* 1. §. 5. & 12. *D. de orig. jur.*

Jus Honorarium quale, Vide *Honorarium.*

Juris interpretatio ut prudentium auctoritatem desideret, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Juris origo & processus, *l.* 2. *in princ. D. de orig. jur.*

Jurisconsultorum, Professorum & Auctorum sive Scribentium veterum descriptio, *l.* 2. §. 35. & *seqq. D. de orig. jur.* de quibus etiam plura Hotom. *in suo tract. Jurisconsult.*

Jurisconsultorum responsa quando in usu & auctoritate esse cœperunt, *d. l.* 2. § 4. *d. tit. de orig. jur.*

de Legis actionibus. Vide *Actionibus.*

Legum XII. tabular. origo, & quis auctor fuerit earum ferendarum, *l.* 2. §. 4. & 7. *D. de orig. jur.* Vide & earum fragmenta, quæ adhuc supersunt, ut passim apud varios auctores reperiuntur; à nobis huic juris civilis Enchiridio seu epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cic. *de legib.* & *passim aliis ejusd. opuscul.* & apud Dionys. Halic. *lib.* 8. *antiq.* ac quidem Ræward. Rivalli. Oldendorp. & Hotom. etiam Cujacium, qui de iis ex professo scripserat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* vide & Balduin. Jurisconf. tract. quem inscripsit *de Legib. Roman.* item Manut. *de legib. Romanis,* ac quidem Hotom. *indicem legum Romanar.*

Magistri equitum ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. § 19. *D. de orig. jur.* & *l. unic. D. de offic. Praf. Præt. lib.* 1. *tit.* 11. Vid. & Horom. *in præd. sua descr. Magistr. Rom.* Canter. *lib.* 2. *novellar. lect. c.* 4. & Rosin. *lib.* 7. *antiq. c.* 18.

Papirianum Jus civile quale, vid. sup. vocem *Jus.*

de Plebiscitis sive Plebis populive placitis ac decretis, *l.* 2. §. 8. & 12. *D. de orig. jur.* Vide & Rosin. *antiq. lib.* 6. *cap.* 16. & *lib.* 8. *cap.* 1.

Pontificum collegium quantæ auctoritatis apud Roman. *l.* 2. § 6. *D. de orig. jur.* vide & Cic. *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. & 2. *de legib. cap.* 8. itemque Liv. *lib.* 9. *hist. Rom. cap.* 46. & Dionys. Halicarnas. *lib.* 10. *antiq. Rom.*

Præfecti Annonæ & Vigilum ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 33. *D. de orig. jur. ac pass. tot. t.* 15. *lib.* 1. *Digest.* Vide & de iis *l. mulierem.* 13. *D. de accus.* Liv. *lib.* 4. *cap.* 12. *hist. Rom.* Sueton. *in August. cap.* 41. Dion. *lib.* 55. ac quidem Rosin. *lib.* 7. *antiquitat. cap.* 34. *item* & *t.* 43. & 44. *lib.* 2. *Cod.*

Præfectus Urbi ut Romæ constitutus, & quale ejus munus, *l.* 2. §. 33. *D. d. tit. de orig. jur.* Vide & Sueton. *in Aug. cap.* 37. & Dionys. *lib* 52. *item pass. t.* 12. *lib.* 1. *Dig.* Cornel. Tacit. *lib.* 6. *Annal. cap.* 10. *&c.* & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem Hotom. *in sua d.* des-

descript. Mag. Rom. ubi tria genera Præfectorum sive Præfecturæ ubi tradit: Unum eorum scil. qui sub Regibus & primis Consulum temporibus extraordinarii Magistratus fuerunt. Aliud eorum qui posterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magistratus procurationem habuerunt, qui & Præfecti urbi Latinarum caussa dicti sunt. Tertium vero genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magistratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur pass. *t.* 26. *&* 27. Augustalis *lib.* 1. *t.* 37. *Cod.*

Prætores de Fideicommisso sive Fideicommissarii, ut Romæ constituti: item & Prætores alii inter fiscum & privatos Jus dicentes: deque vario Prætorum munere, *d. l.* 2. §. 32. *D. de orig. jur. & l.* 2. *C. qui pot. in pign.* De Prætorum autem officio, vid. *pass. d. lib.* 1. *t.* 14. *D. itemque ejusd. lib.* 1. *t.* 11. De hujusmodi autem Prætore Fideicommissario agunt, Fabius *lib.* 3. & Paulus Jurisconf. in *l. quæsitum.* 78. §. *penult. D. de legat.* 3. *& l.* 4. *in fin. D. quibus ad libert.* ac etiam Ulpian. in *l. sicuti legatum.* 92. *D. de condit. & demonst.*

Prætores ut plures Romæ constituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti sunt & quæ illorum auctoritas seu potestas, *d. l.* 2. §. 27. 28. 32. *& seqq. D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 6. Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Livii Epitom. *lib.* 14. Cic. *lib.* 3. *de legib.* Sueton. *in August. & Claud.* itemque Cyprian. *epistol. lib.* 2. De eorum officio. Vide *lib* 1. *tit.* 39. *Cod.*

Principum auctoritas quanta qualisve in constitutionibus suis, *l.* 2. §. 11. *&* 12. *D. de orig. jur.* Vide & pass. *d. l. tit. Dig. & in eamd. l. DD.*

Prudentium auctoritas ut necessaria in juris interpretatione, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Quæstiones publicas ut primum Romæ instituisse Sulla Dictator dicatur, *d. l.* 2. §. 32. *d. t. de orig jur.* de Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes *hujus* §. tam veteres quam neotericos: vide & *l. unic. lib.* 1. *t.* 13. *D. de offic Prætor.*

Quæstores Ærarii ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 22. *D. de orig. jur.* Vide & Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 7. *hist. Rom.* Agell. *lib.* 13. *c.* 13. item & Jun. Graichan. *lib.* 7. *de potestatib.* & Sigon. *lib.* 2. *antiquit. Rom. cap.* 2. ac Hotom. *in præd. sua descr. Magistr. Rom.*

Quæstores Parricidii ut Romæ constituti, & illorum jus quale, *d. l.* 2. §. 23. *d. t. D. de orig. jur.* Vide & Fest. in voce *Quæstores.* & Hotom. *in d. sua descript. Mag. Rom.* ubi & de Quæstorib Provincialibus agit. De officio autem Quæstoris, vide *lib.* 1. *t.* 13. *D.*

Regia manus seu potestas apud Rom. ut primum fuerit. *l.* 2. §. 1. *D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 1. Dionys. Halicarn. *antiq. lib.* 2. *&* 4. Plutarch. *in vita Romuli.* item & Rosin *antiq. lib.* 7. *cap.* 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerunt Magistratus apud Roman. *l.* 2. §. 14. *D. de orig. jur.* De eorum vero auctoritate potestateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sueton. *in Neron. cap.* 15. & Corn. Tacit. *lib.* 3. *annal.*

de Regiis legibus, vid. sup. vocem *Legibus.*

Seccessionis plebis Rom. à Patribus causa quæ, *l.* 2. §. 24. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. Halicarn. *lib.* 6. *antiq.* & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.*

de Senatusconsultorum origine & auctoritate, *l.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* vid. & Agell. *lib.* 14. *cap* 7. ac quidem *lib.* 1. *t.* 3. *Dig.* ubi *de legibus & Senatusconf.* agitur, *lib.* 1. *t.* 16. *Cod.*

Tribuni Celerum secundi Rom. Magistratus, *l.* 2. §. 15. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hist. Rom.* Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* & Corn. Tac. *lib.* 1. *Annal.*

Tribuni militum ut Romæ constituti, & quæ illorum potestas, *l.* 2. §. 51. *D. de orig. juris.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hist. Rom. cap.* 31. 57. Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* Veget. *lib.* 2. *cap.* 7. & Ascon. Pædian. in *lib. Ciceron de divinat.*

Tribuni plebis ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas sive potestas, *l.* 2. §. 20. *D. de orig. jur.* Vide de iis præterea Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Dionys. Halicarn. *lib.* 6. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Cic. *lib.* 3. *de legib.* Agell. *lib.* 13. *cap.* 12. & Ascon. Pædian. *in Cornelia.*

Tribunitia lex de primis Regibus Rom. ejiciendis, *l* 2. § 3. *D. de orig. jur.* vide & Fest. *lib.* 17. & Liv *lib.* 2.

Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum curatores: & Quinqueviri nocturni, ut Romæ constituti: & quale illorum jus munusve, *d. l.* 2. § 30. 31. *& seqq D. de orig. jur.* Vide & Fest. *& in eamd.* Scaliger Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Jacob. Rævard. *lib.* 2. *varior. cap.* 18.

F I N I S.